

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

fondata da **MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

ROBERTA CLERICI

STEFANIA BARIATTI

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI



Wolters Kluwer

CEDAM

ROBERTO BARATTA

PROFESSORE ORDINARIO NELLA SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE

NOTE SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO IN CHIAVE EUROPEA*

1. Il cinquantésimo anniversario della fondazione della *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* e soprattutto il titolo del Convegno («Per un nuovo diritto internazionale privato»), inducono a riflettere sull'evoluzione in atto nel sistema italiano di diritto internazionale privato. Nel recente passato le corti supreme di ordinamenti di *common law* hanno prospettato l'esigenza di modernizzare i sistemi di conflitto, come fece ad esempio la Suprema Corte canadese in *Beals v. Saldanha*, (2003) 3 SCR, p. 416, punto 2 e, ancor prima, in *T&N plc*, (1993) 4 SCR, p. 289, p. 322. Peraltro, le riflessioni che seguono non sottintendono la necessità di riformare la legge 31 maggio 1995 n. 218, ciò che dovrebbe essere eventualmente preceduto, per riscontrarne l'attualità, da attente verifiche teoriche e puntuali analisi del diritto *vivente* nella concreta realtà giurisprudenziale. Più semplicemente, esse propongono alcune, iniziali e non esaurienti, note intorno a taluni profili evolutivi che, per certi versi, in modo surrettizio, sembrano sempre più plasmare il *modus operandi* del sistema vigente di diritto internazionale privato.

2. Nel secolo scorso i conflitti di leggi muovevano – spesso apertamente – dal presupposto teorico-concettuale della piena sovranità statale. Gli Stati nazionali – si argomentava – fruiscono di un grande margine di autonomia nel definire le rispettive discipline di competenza giurisdizionale, di conflitto e di riconoscimento delle sentenze straniere e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive costituite all'estero. Si riteneva quindi che il legislatore nazionale avesse un ampio potere di regolare i rapporti giuridici o secondo le tradizionali logiche conflittuali, da una parte, e di definizione della competenza giurisdizionale complessivamente considerata e di riconoscimento delle sentenze straniere dall'altra, ovvero secondo altri metodi di coordinamento tra ordinamenti prospettati in dottrina. L'unica eccezione – a parte marginali norme consuetudinarie

* L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno. La brevità del testo – che riproduce l'intervento svolto nel corso del Convegno – non permette di corredarlo degli opportuni riferimenti dottrinali. Si rinvia dunque alla bibliografia riprodotta nei miei scritti *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, t. 348, 2010 e *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primaria degli interessi del minore*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2016 (di prossima pubblicazione).

relative alle immunità dalla giurisdizione – era costituita dall'esistenza di obblighi assunti tramite accordo internazionale. Non a caso l'art. 2 della legge n. 218/1995 disciplina tale profilo, attribuendo priorità alla normativa convenzionale.

Nella logica classica della sovranità statale – che come si diceva era allora il presupposto concettuale di riferimento – si trattava di costrizioni insuscettibili di alterare in profondità l'essenza del concetto di sovranità assoluta: gli obblighi derivanti da accordo potevano concepirsi quali *auto-limitazioni* coerenti con la categoria concettuale della sovranità dello Stato. L'argomento secondo cui la conclusione di un accordo fosse di per sé espressione della sovranità statale, potendo lo Stato non parteciparvi o porvi termine in un momento successivo, era ragionevolmente spendibile.

Questo impianto teorico-concettuale non è più proponibile oggi, almeno non nei termini appena richiamati. Numerosi fattori hanno concorso a indebolirlo. Il logoramento e la conseguente frammentazione del concetto di sovranità statale sono conseguiti alla moltiplicazione dei fenomeni di cooperazione internazionale, che hanno inevitabilmente coinvolto anche i sistemi di conflitto tramite l'adozione massiccia di norme internazionalmente uniformi. Vi si sono progressivamente aggiunti in modo significativo, nell'Unione europea, gli obblighi derivanti dal processo di integrazione degli ordinamenti nazionali nello *spazio giudiziario comune*. È un dato di fatto, difficilmente controvertibile, che i sistemi statali di diritto internazionale privato hanno subito, e sono destinati a subire sempre più, l'influenza del *corpus iuris* dell'Unione. L'adeguamento a tale *corpus* produce conseguenze assai erosive sulla sovranità nazionale che non appaiono riconducibili alle consuete tecniche di adattamento al diritto internazionale.

3. In estrema sintesi, può ricordarsi che le competenze acquisite dall'ordinamento sovranazionale nella materia civile sono piuttosto estese. Vi si includono *in primis* i profili di diritto civile e commerciale anche di natura processuale (art. 81 par. 2 lett. *a-d* TFUE). La materia civile poi è intesa in senso estensivo (v. *ex multis* Corte di giustizia, 25 giugno 2009, in causa C-14/08, *Roda*, in questa *Rivista*, 2009, p. I-1011 ss.), restandone escluse poche fattispecie, come ad esempio quelle dei risarcimenti dei danni per i crimini di guerra compiuti nell'esercizio di una potestà di imperio dalle autorità tedesche di occupazione in Grecia e in Italia durante la seconda guerra mondiale (sentenza 15 febbraio 2007, in causa C-292/05, *Lechouritou*, *ibidem*, 2007, p. 788 ss.). Infine, i settori dei conflitti di leggi e di giurisdizione sono ambigualmente circoscritti, *ex art.* 81 par. 2 lett. *c*, all'adozione di regole comuni concernenti la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri», prestandosi con ciò ad un'interpretazione estensiva.

Alcuni specialisti della materia hanno contestato le competenze del-

l'Unione europea in particolare sotto quest'ultimo profilo, per rivendicare ampi margini di autonomia ai rispettivi sistemi nazionali. In una chiave apertamente critica, la continua *europizzazione* della materia incontra varie resistenze dottrinali, comprensibili nella misura in cui si rileva che talune interferenze dell'Unione possono alterare in profondità meccanismi di funzionamento ed equilibri radicati, per effetto di una tradizione ormai secolare, nei sistemi di conflitto nazionali.

Né deve sottovalutarsi la difficoltà sistemica di ideare a livello europeo un quadro normativo che ruoti intorno ad assi portanti coerenti. In effetti, gli interventi normativi dell'Unione non sembrano mossi da un disegno ispiratore omogeneo e d'insieme. Il quadro normativo che emerge dalle proposte della Commissione e dall'attività delle istituzioni legislative non sembra fondarsi su un *sistema conflittuale europeo organico*; al più si potrebbe tentare di individuare alcune generali regole di diritto non scritto, desumibili in via interpretativa, ma non senza cospicui sforzi ricostruttivi, considerata la scarsa propensione della Corte di giustizia (comprensibile, considerato l'elevato tecnicismo del diritto internazionale privato) ad avviarsi su percorsi di questo genere. Inoltre, i sistemi civilistici dei Paesi membri dell'Unione europea sono costruiti intorno a concezioni assai differenti. Per alcuni istituti è addirittura arduo immaginarne una *reductio ad unum* nell'Unione europea: basti pensare a quelli appartenenti al diritto di famiglia che si ispirano a tradizioni culturali, sociali, religiose eterogenee e fortemente legate a principi etici peculiari delle comunità territoriali storicamente formatesi su differenti parti del territorio dell'Unione.

Comunque, per effetto del principio di *pre-emption* – che caratterizza l'esercizio delle competenze concorrenti – l'Unione è suscettibile di produrre un progressivo svuotamento delle competenze nazionali. Per un verso, essa continua a esercitare i poteri che le sono stati attribuiti sul piano interno, mentre la sua adesione nel 2007 alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, pur permettendole di partecipare in prima persona ai negoziati dell'organizzazione, non si è rivelata un terreno privilegiato di armonizzazione normativa in chiave universale.

Per altro verso, la Corte di giustizia insiste nell'affermare l'esclusività delle competenze anche sul piano esterno, con riguardo in particolare alla conclusione di accordi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. In effetti, scarsa influenza sulla Corte hanno prodotto le critiche indirizzate dalla dottrina al parere 1/03 (del 7 febbraio 2006, in questa *Rivista*, 2006, p. 514 ss.), là dove la ha affermato che «è essenziale garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario» (punto 128). Nonostante le critiche ricevute, quel parere, pur prospettando alcuni accenti innovativi, appare sostanzialmente coerente con la giurisprudenza della

Corte sulle competenze esterne dell'Unione. In quella fattispecie, la Corte ha condotto un esame del progetto di accordo (la convenzione di Lugano con Paesi terzi al fine di istituire un sistema parallelo al regolamento (CE) n. 44/2001 sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale) per verificare i rischi di pregiudizio alle norme comuni (punti 161 e 168). Avendo accertato l'incidenza, a volte potenziale, altre effettiva, sulle norme comuni, la Corte ha stabilito l'esclusività della competenza in capo all'Unione (come sostenuto dal Parlamento europeo, dalla Commissione e dal governo italiano, unico Stato membro intervenuto a favore di questo approccio). Conviene forse sottolineare che, nell'ottica della Corte, in situazioni del genere è decisivo il test dell'uniformità d'applicazione e coerenza del diritto comune, cioè la sua effettività. Ne è conferma il parere 1/13 (del 14 ottobre 2014 in cui la Corte ha affermato, ai sensi dell'art. 3 par. 2, ultima parte TFUE, che l'accettazione dell'adesione di un Paese terzo alla convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori rientra nella competenza esclusiva dell'Unione. Dopo aver verificato – alla luce di un'*analisi globale e concreta* del rapporto esistente tra le due discipline (punti 75-83) – che la materia dell'accordo è in gran parte coperta dal regolamento (CE) n. 2201/2003 («effetto di sovrapposizione»), la Corte è giunta alla conclusione che, a prescindere dalla prevalenza della disciplina regolamentare su quella internazionale (art. 60 del regolamento (CE) n. 2201/2003), l'applicazione uniforme e coerente del diritto comune (e in particolare delle regole che presiedono alla cooperazione amministrativa tra autorità nazionali) rischia di essere pregiudicata dall'accettazione, autonomamente decisa dagli Stati membri sul piano internazionale, dell'adesione di uno Stato terzo, particolarmente là dove la sottrazione internazionale di un minore coinvolga uno Stato terzo e due Stati membri di cui uno soltanto abbia accettato l'adesione del primo (punti 84-90).

Rebus sic stantibus, ne consegue *de facto* e *de iure* una graduale, costante erosione delle competenze statali in materia di diritto internazionale privato. Né sembrano esservi segnali di un'inversione di tendenza, teoricamente prospettabili in virtù dei c.d. *meccanismi di reversibilità* (anche delle competenze esercitate) introdotti dal Trattato di Lisbona a favore degli Stati membri.

4. A prescindere dal dato fattuale della produzione normativa sovranazionale, l'influenza dell'Unione sui sistemi internazionalprivatistici attuali può essere apprezzata sotto un altro profilo che merita un cenno. Il *principio del mutuo riconoscimento* costituisce un evidente paradigma di norma giurisprudenziale che, nel percorrere in modo trasversale *status* personali e familiari, circolazione dei beni, stabilimento e prestazione di servizi, esprime una regola indispensabile per assicurare la coesistenza armoniosa tra ordinamenti differenti, dell'Unione e statali; per risolvere i

conflitti tra sistemi di regole a volte profondamente eterogenei, e che tali vogliono restare; per assicurare, a volte, l'effettività dei diritti fondamentali degli individui e delle libertà primarie del mercato unico.

Il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali (artt. 67 par. 4 e 81 par. 1 e par. 2 lett. *a* TFUE) assume un valore peculiare nello spazio giudiziario comune in materia civilistica, essendo volto a realizzare la tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dai trattati in tema di libera circolazione delle persone, dei beni e dei servizi. Concepito quale principio destinato a conferire spessore allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, se non altro perché posto a livello di diritto primario, è ragionevolmente prospettabile che i cittadini dell'Unione si possano legittimamente attendere che le situazioni giuridiche validamente dichiarate o costituite in una decisione giudiziale o extragiudiziale di uno Stato membro siano riconosciute nello *spazio comune*. In questa prospettiva, non è di secondaria importanza la possibilità di ricostruire un *principio di continuità*, di diritto non scritto, improntato al mutuo riconoscimento. In breve, esso permette di assicurare, a prescindere da norme secondarie che lo rendano concretamente operativo, *inter alia* la libera circolazione delle persone in una chiave di *protezione dei diritti fondamentali delle persone*, apportando, per interpretazione, i correttivi necessari ai sistemi di conflitto nazionali.

Più in generale, la continuità delle situazioni giuridiche validamente costituite o dichiarate in uno Stato membro nello spazio territoriale dell'Unione è destinata a completare la protezione giurisdizionale dei diritti e delle libertà di circolazione garantiti dall'ordinamento dell'Unione europea. Quella stessa *continuità* assicura, in altri termini, per un verso la circolazione delle persone, delle relazioni familiari e successorie, dei beni, dei servizi in uno *spazio giudiziario comune*; e per altro verso permette agli individui di vedersi garantiti, là dove si profilano, i diritti fondamentali insiti in tali relazioni. Uno spazio comune che voglia quindi conformarsi ai precetti del processo di integrazione europea, della certezza del diritto e del mercato unico tende necessariamente a caratterizzarsi in una chiave di *continuità dei rapporti giuridici*. Il riconoscimento automatico delle situazioni giuridiche soggettive è del resto strettamente funzionale all'accesso effettivo alla giustizia (art. 81 lett. *e* TFUE) a sua volta direttamente connesso all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Nel sistema europeo vi è bisogno non solo di norme volte a realizzare la certezza del diritto applicabile, l'armonia delle soluzioni, *die klassische Entscheidungsharmonie*, tipica delle *concezioni conflittuali* classiche, ma anche e piuttosto di un sistema di regole improntate al riconoscimento delle relazioni giuridiche accertate nelle decisioni giudiziarie e extragiudiziali.

In questa prospettiva, i sistemi di conflitto nazionali finiscono per assumere un *ruolo complementare* rispetto alle finalità di integrazione dello Stato nello spazio giudiziario comune: acquisiscono, da un lato, un grado

di cedevolezza (in virtù della preminenza del diritto dell'Unione sulle norme interne con esso contrastanti) e, dall'altro, in quanto *rimodellati* dall'ordinamento sovranazionale, una dimensione di *diritto interlocale* destinato a garantire la continuità nello spazio dei valori giuridici creati in altri Stati membri. Una lettura attenta e sistematica della giurisprudenza (in materia di circolazione dei beni, dei servizi e soprattutto delle persone e delle società) può confortare la prospettiva che il mutuo riconoscimento delle decisioni in materia civile sia destinato ad arricchire di *contenuto reale* la costellazione dei diritti di circolazione di persone e cittadini residenti nel territorio dell'Unione.

5. Su questa mutata prospettiva concettuale del diritto internazionale privato interno ha fortemente inciso, come già accennato, la garanzia dei diritti fondamentali. Traendo spunto da strumenti internazionali sui diritti dell'uomo o anche da norme internazionalmente uniformi ispirate alla protezione dei diritti individuali, il legislatore dell'Unione ha assunto certi diritti fondamentali quali *obblighi positivi*, traducendoli dunque in norme che tendono chiaramente a realizzare il risultato prospettato dai corrispondenti principi. Rileva al riguardo non solo e non tanto il richiamo (ormai frequente nel diritto secondario) al rispetto dei diritti fondamentali (un esempio recente è recato dal considerando n. 38 del regolamento 1215/2012 che ha abrogato il regolamento c.d. Bruxelles I), quanto e soprattutto il fatto che l'Unione si sia dotata di disposizioni specifiche. Emblematico è il regolamento n. 2201/2003 che ha improntato all'interesse supremo del minore la disciplina della competenza giurisdizionale in materia di responsabilità parentale, provando che tale formula giuridica – a volte ritenuta di scarso o non effettivo valore giuridico – si presta invece ad assumere contenuti concreti nella realtà casistica e giurisprudenziale, con oneri conseguenti a carico delle autorità nazionali. Si pensi ancora alla disciplina, nello stesso regolamento, del diritto di visita concernente sia il diritto-dovere del genitore (o di altro soggetto che ne sia il titolare) non affidatario di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con il minore, sia per converso il corrispondente diritto del minore: il suo *supremo interesse* finisce per essere un criterio applicativo della fattispecie concreta dedotta in giudizio. Ne segue che l'Unione è divenuta portatrice di valori giuridici propri, come la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia mostra (cfr. ad esempio le sentenze 11 luglio 2008, in causa C-195/08 PPU, *Rinau*, in questa *Rivista*, 2008, I-1134 ss.; e 23 dicembre 2009, in causa C-403/09 PPU, *Deticek c. Sguezgla*, *ibidem*, 2010, I-526 ss.). Dal punto di vista dello Stato, nella misura in cui i rapporti giuridici soggettivi ricadono nell'*emprise* del diritto dell'Unione, è anzi difficile sottrarsi alla sensazione che i diritti fondamentali hanno maturato ormai, per effetto di questo processo, un contenuto minimo omogeneo, tale da ridurre di conseguenza, in quella sfera, il margine di apprez-

zamento statale di cui gli Stati membri disporrebbero se fossero chiamati semplicemente a rispettare i diritti fondamentali sul piano internazionale (laddove l'omogeneizzazione contenutistica dei diritti fondamentali avviene con una maggiore gradualità).

6. L'evoluzione del sistema italiano di diritto internazionale privato è dunque un fenomeno *in fieri*, com'è inevitabile che sia. Sull'evoluzione del sistema italiano di diritto internazionale privato incidono dunque una serie di fattorie storni, il cui rilievo è aumentato notevolmente. I sistemi nazionali tendono progressivamente ad avvicinarsi, per effetto di norme uniformi o di armonizzazione e di una giurisprudenza che lentamente e progressivamente è destinata a plasmare quei sistemi intorno a principi comuni, in armonia spesso con i bisogni delle società sottostanti. Se è vero che l'ordine giuridico dell'Unione è integrato in quello degli Stati membri, l'Unione stessa si rivela altresì un terreno fertile per sviluppare valori giuridici comuni. In questa prospettiva, può spiegarsi anche la necessità di ridurre a ipotesi circoscritte l'applicazione della clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico.

Inoltre, in un contesto sovranazionale le norme di diritto internazionale privato non dovrebbero più tendere soltanto a realizzare una distribuzione spaziale/territoriale (più o meno giusta) tra leggi e giurisdizioni statali delle fattispecie ovvero a garantire un ordine sistemico tra ordinamenti potenzialmente o realmente in conflitto, in una logica puramente distributiva. In tale, mutato contesto sarebbe probabilmente inattuale riproporre, ad esempio, il ragionamento formalistico e astratto che ha caratterizzato in passato il dibattito sulla giustizia internazionalprivatistica (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*), su una giustizia semplicemente distributiva o ripartitrice. Egualmente si potrebbe argomentare rispetto alla concezione – peraltro ormai superata anche da Corti costituzionali interne – della *neutralità* del diritto internazionale privato in ragione della sua natura puramente strumentale che assicura la distribuzione giusta di potere normativo e giurisdizionale tra Stati sovrani. Al contrario, nel processo di integrazione europea i sistemi di conflitto nazionali assumono anche la veste di *diritto interlocale* funzionale a quel processo e orientato a realizzare i diritti fondamentali delle persone e valori di giustizia sostanziale nel quadro di un'integrazione sempre più stretta. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle esigenze sociali legate al fenomeno crescente della mobilità delle persone, esigenze che implicano l'interdipendenza tra sistemi statali poiché il non riconoscimento dello *status* di un individuo può pregiudicare il godimento dei suoi diritti fondamentali.

Nel porsi dinanzi a questo processo evolutivo, l'attuale sistema italiano di diritto internazionale privato presenta alcuni elementi di versatilità, là dove non ha regolato alcune questioni generali (qualificazioni e questioni preliminari) lasciandole opportunamente nelle mani dell'evoluzione

dottrinale e giurisprudenziale. Del resto, a prescindere dall'art. 2 della legge n. 218/1995 e dal suo carattere *narrativo* o *pedagogico*, il diritto interno, anche alla luce della copertura costituzionale garantita al diritto dell'Unione, possiede i meccanismi normativi di apertura necessari verso i valori normativi provenienti dall'esterno, soprattutto con riguardo all'esigenza di rispettare i diritti fondamentali, così che gli adattamenti possano prodursi progressivamente per interpretazione. Si ricordi, ad esempio, che l'art. 19 par. 2 della legge 218 è incoerente con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione, essendo in generale prospettabile che il principio della nazionalità del soggetto – cardine del sistema italiano di conflitto del 1865 e delle prime convenzioni dell'Aja – debba essere ridimensionato in considerazione dei vincoli di appartenenza all'Unione.

Resta che l'impatto dell'Unione sul diritto internazionale privato si rivela sempre più erosivo delle competenze nazionali. Per questo è dubbio che l'ordinamento statale, in una dimensione puramente *unilaterale*, possa risultare il luogo ideale per attualizzare o modernizzare il diritto internazionale privato. Certamente, come si è tentato di illustrare, vari processi *esterni* di alterazione dei relativi sistemi nazionali sono in corso. In tale prospettiva occorrerà anche riflettere sull'elevato livello di astrazione cui essi sono giunti, al punto di dare l'impressione che il diritto internazionale privato sia divenuto una disciplina riservata a pochi specialisti e studiosi, mentre dovrebbe anzitutto offrire strumenti normativi relativamente semplici da applicare per i giudici e suscettibili di realizzare esigenze di giustizia e, là dove necessario, i diritti fondamentali delle persone.

ABSTRACT: National sovereignties have been eroded in the last decades. Domestic systems of conflict of laws are no exceptions. While contributing with some remarks on certain evolving processes that are affecting the private international law systems, this paper notes that within the EU – however fragmentary its legislation in the field of civil justice may be – the erosion of national competences follows as a matter of course. It then argues that the EU points to setting up a common space in which inter alia fundamental rights and mutual recognition play a major role. Thus, a supranational system of private international law is gradually being forged with the aim to ensure the continuity of legal relationships duly created in a Member State. As a result, domestic systems of private international law are deemed to become complementary in character. Their conceptualization as a kind of inter-local rules, the application of which cannot raise obstacles to the continuity principle, appears logically conceivable.