

I LIMITI AL FUNZIONAMENTO DELLE NORME DI D.I.P.

1 Premessa generale

I limiti al normale funzionamento del sistema di d.i.p. impediscono il funzionamento del richiamo o rinvio, o, in ogni caso, l'applicazione della legge straniera che troverebbe applicazione secondo una norma di d.i.p. Costituiscono i principali **limiti**:

- l'incostituzionalità della norma richiamata;
- le norme di applicazione necessaria;
- l'ordine pubblico internazionale;
- la condizione di reciprocità.

Pertanto, se il normale funzionamento della norma di diritto internazionale privato comporta il richiamo ad un ordinamento giuridico, anche straniero, chiamato a disciplinare la fattispecie privatistica con elementi di estraneità, il limite ostacola tale richiamo per ragioni ritenute dal legislatore preminenti rispetto a quelle poste alla base della norma di d.i.p., che, di volta in volta, viene in considerazione.

2 La costituzionalità della norma straniera

Il **primo e indefettibile requisito** affinché il richiamo operato dalla norma di d.i.p. al diritto straniero possa concretamente operare è che la stessa si ponga **in armonia con la Costituzione**.

Più nel dettaglio, il **limite della costituzionalità** assume **duplice rilevanza**:

- Costituzione rispetto all'**ordinamento interno**;
- Costituzione rispetto all'**ordinamento straniero** di provenienza richiamato dalla norma di d.i.p.

Il principio, fatto proprio dall'art. 15 della legge n. 218/1995, in base al quale il giudice italiano deve applicare la legge straniera come la applicherebbe il giudice di quello Stato estero, implica necessariamente che la stessa sia compatibile, oltre che con la Costituzione italiana, altresì con la Costituzione dell'ordinamento di provenienza.



- **Conformità della norma straniera richiamata rispetto alla Costituzione Italiana:** secondo l'opinione dominante, pur in mancanza di un'espressa indicazione in tal senso nel nucleo dell'art. 134 Cost., al giudice italiano è consentito rilevare il contrasto tra la norma straniera richiamata e la Costituzione;
- questo principio trova oggi fondamento all'art. 15 della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui impone al giudice italiano di applicare la legge straniera *“secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo”*.



ART. 16, L. N. 218/1995: *“La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso, si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”*.

Infatti, il concetto di ordine pubblico internazionale comprende al suo interno anche le norme Costituzionali, non potendosi una norma anticonstituzionale ritenere conforme al concetto – elastico – di ordine pubblico.

→ **Incostituzionalità rispetto all'ordinamento di provenienza.**

Il secondo profilo attiene alla costituzionalità della norma straniera rispetto alla Costituzione dell'ordinamento di provenienza.



Sul punto, l'opinione della dottrina è contrastante:

- **controllo possibile solo se di tipo diffuso:** una parte della dottrina ritiene che il giudice italiano possa operare un controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata rispetto al sistema costituzionale dell'ordinamento di provenienza solo se la norma proviene da un sistema in cui il controllo di costituzionalità è di tipo diffuso.

Per contro, qualora si tratti di un sistema di tipo accentrato, non potrà procedere, nemmeno attivando l'organo competente a pronunciarsi sulla costituzionalità;

- **controllo possibile solo in caso di nullità:** secondo altro orientamento, il controllo di costituzionalità della norma straniera da parte del giudice italiano sarebbe possibile solo laddove la sanzione prevista per tale illegittimità sia la nullità; qualora, invece, la legge incostituzionale venga sanzionata con l'annullabilità, essendo in tal caso necessaria una pronuncia di tipo costitutivo, la stessa sarebbe preclusa al giudice italiano;
- **controllo impossibile in qualunque caso:** altra teoria ancora, sebbene minoritaria, esclude *in toto* la possibilità per il giudice italiano di effettuare un controllo di costituzionalità della norma straniera.

Ebbene, per quanto concerne l'**opinione della giurisprudenza**, si è pronunciata **in senso favorevole** ad un controllo di costituzionalità della norma straniera rispetto all'ordinamento costituzionale di provenienza.

- Controllo che deve ritenersi operabile **anche rispetto a quegli ordinamenti che presuppongono un controllo di tipo accentrato**, atteso che l'ordinamento richiamato deve essere applicato nel suo insieme, in armonia con il dettato dell'art. 15 della legge n. 218/1995, che impone di applicare la norma straniera avendo riguardo all'ordinamento di provenienza globalmente considerato.

3 Le norme di applicazione necessaria

Un importante limite all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato è costituito dalle cc.dd. **norme di applicazione necessaria**:

- sono quelle norme di diritto interno, presenti nel nostro ordinamento, come nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, che godono di una **sfera applicativa rinforzata**, prescindendo dai criteri di collegamento fissati dalle norme di d.i.p., che vengono, conseguentemente, da esse derogati.

Sono norme ritenute **irrinunciabili dall'ordinamento nazionale** in ragione del loro oggetto o del loro scopo.

La **ratio** delle norme di applicazione necessaria risiede nella **natura degli interessi sottesi alle stesse**, interessi preminenti che godono di una sfera di applicazione personale e rinforzata, dovendo necessariamente trovare applicazione per inderogabili esigenze di carattere nazionale.

“Norme di applicazione necessaria (...) quelle parzialmente condizionate e funzionalmente autolimitate – e perciò solo destinate ad applicarsi nonostante il richiamo alla legge straniera –, quali, tra le altre, le leggi fiscali, valutarie, giuslavoristiche, ambientali” (Cass. civ., sez. unite, 5 luglio 2011, n. 14650).



Esse devono sempre essere applicate dal giudice chiamato a dirimere una controversia anche laddove altre norme interne facciano rinvio al diritto straniero.

ART. 17, L. N. 218/1995: *“È fatta salva la prevalenza sulle norme che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera”.*



ESEMPIO:

Ai sensi dell'art. 116 c.c., "lo straniero è soggetto alle disposizioni contenute negli artt. 85, 86, 87 n. 1, 2 e 4, 88 e 89", vale a dire che anche per il matrimonio dello straniero in Italia si applicano i divieti di cui alle norme soprarichiamate, in deroga alla norma di d.i.p., che prevede che per contrarre matrimonio si applichino le condizioni previste dalla legge nazionale di ciascun nubendo (art. 27, L. n. 218/1995); requisiti che, ad ogni modo, si aggiungono e non si sostituiscono a quelli previsti dalla legge nazionale dei nubendi.

Ancora, sono norme di applicazione necessaria le disposizioni della legge n. 184/1983, in tema di adozione dei minori; altresì, le norme del diritto interno che sanciscono l'unicità dello stato di figlio (art. 33, L. n. 218/1995).

Inoltre, sono norme di applicazione necessaria quelle in materia di legislazione del lavoro e antiinfortunistica.



In base a quali criteri è possibile individuare le norme di applicazione necessaria?

In primo luogo, occorre evidenziare che è compito dell'interprete individuare le norme di applicazione necessaria.

Per fare ciò, si utilizzano alcuni criteri, quali:

- **criterio formale:** le norme di applicazione necessaria che contengono una **definizione chiara del proprio ambito applicativo** spaziale e personale, come l'art. 116 c.c.
- **criterio della collocazione sistematica,** quando la norma di applicazione necessaria appartiene ad un complesso normativo che, per sua stessa natura, è dotato di efficacia rinforzata.
- **Criterio dello scopo:** che ricorre nei casi in cui la natura di norma di applicazione necessaria si desume dalla ratio della norma stessa.



"Non è sufficiente che una norma sia inderogabile perché debba essere qualificata di applicazione necessaria" (Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3646).

Al catalogo delle norme di applicazione necessaria di individuazione giurisprudenziale si affianca l'opera della dottrina e, infine, del legislatore.

ESEMPIO:

L'art. 32 ter della l. 218/1995 qualifica come di applicazione necessaria le disposizioni dell'art. 1, comma 4, della l. 76/2016 sugli impedimenti relativi alle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Ancora, la riforma del diritto di famiglia del 2013 ha modificato la disciplina della filiazione contenuta nella l. n. 218/1995, definendo norme di

applicazione necessaria, tra l'altro, quelle che introducono nel nostro ordinamento principi come l'unicità dello stato di figlio.

Le norme di applicazione necessaria prevalgono anche sulle norme di d.i.p. convenzionale. La disciplina delle norme di applicazione necessaria deve essere però coordinata con il **principio di prevalenza** del diritto comunitario sulla legislazione ordinaria interna.



Infatti, in virtù di tale principio, la norma interna di applicazione necessaria può trovare applicazione, in deroga al diritto comunitario, solo nelle ipotesi in cui sia attuativa di precetti costituzionali.

Tuttavia, in alcuni casi, sono le stesse norme di d.i.p. dell'Unione a dare prevalenza alle norme necessaria della *lex fori*, si pensi all'art. 9 del Reg. Roma I (Reg. CE N. 593/2008) oppure all'art. 16 del Reg. Roma II.

ART. 9 REG. CE N. 593/2008 (legge applicabile alle obbligazioni contrattuali): *“Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro”.*



4 L'ordine pubblico internazionale

L'ordine pubblico internazionale si compone di principi generali del diritto dotati dei seguenti caratteri:

- quel **complesso di principi fondamentali** che non possono essere derogati, in quanto formano il cardine della struttura etica, giuridica, economico-sociale della comunità in un determinato momento storico; si tratta di **regole inderogabili**, che devono essere rispettate in quanto funzionali al mantenimento dell'armonia all'interno di un sistema giuridico.

Comprende:

- sia i principi fondamentali di ordine **interno**,
- sia i principi promananti dall'ordinamento **comunitario e internazionale**.

L'ordine pubblico è un **concetto per sua natura elastico e indeterminabile a priori**, suscettibile di adattarsi ai mutamenti della società; è caratteriz-

zato, altresì, da **relatività**, in quanto subisce trasformazioni nello spazio e nel tempo legate a differenti culture, vicende storiche e strutture sociali. Comprende sia principi della comunità nazionale che della comunità internazionale, principi che sono mutevoli nel tempo (si pensi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948 o alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950).

ESEMPIO:

L'indissolubilità del matrimonio è un principio che per lungo tempo ha fatto parte, nel nostro ordinamento, del concetto di ordine pubblico internazionale e che, chiaramente, rendeva non applicabili quelle norme straniere che riconoscevano e regolamentavano il divorzio.

Inoltre, è un principio caratterizzato da indeterminatezza, non potendo essere predeterminato dal legislatore.

I principi che compongono il concetto di ordine pubblico sono clausole generali, la cui applicazione è rimessa all'interprete.

ESEMPIO:

Sono state ritenute contrarie all'ordine pubblico norme attinenti al ripudio unilaterale della donna, norme contenenti deroghe all'obbligo di motivazione del giustificato motivo di licenziamento, la revocabilità dell'adozione su accordo delle parti, etc.

Il concetto di ordine pubblico preso in considerazione come limite al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato non si identifica, quindi, con l'ordine pubblico interno e, conseguentemente, con qualsiasi norma imperativa propria dell'ordinamento civilistico, bensì con il concetto di ordine pubblico internazionale che si compone dei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento dello Stato in quel momento storico.



ART. 16, L. N. 218/1995: *“La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso, si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”.*

Ebbene, il **contrasto** tra la norma straniera richiamata e l'ordine pubblico **deve essere oggetto di apposita valutazione in concreto:**

→ è necessario avere riguardo al risultato pratico cui l'applicazione di quella norma di d.i.p. conduce: infatti, il richiamato art. 16 **si riferisce agli effetti.**

Ciò significa che non sempre una norma straniera **apparentemente in contrasto** con l'ordine pubblico lo è anche in concreto.

ESEMPIO:

La norma straniera che comporta il ripudio unilaterale della moglie potrebbe in concreto non essere ritenuta in contrasto con l'ordine pubblico qualora l'effetto sia quello di garantire alla stessa delle prestazioni di carattere alimentare.

L'effetto ultimo sarebbe conforme all'ordine pubblico internazionale.

Da ciò si evince che il **limite** dell'ordine pubblico è un limite di tipo **successivo** e **negativo**:


- successivo in quanto presuppone il normale funzionamento della norma di d.i.p.; infatti, il giudice procede al richiamo, individua la norma straniera astrattamente applicabile e ne verifica la compatibilità con l'ordine pubblico in concreto.
- Solo qualora tale raffronto dia esito negativo, la norma richiamata non potrà operare.

Pertanto, quando l'applicazione della norma straniera richiamata dalla norma di conflitto produce effetti che si rivelano essere in contrasto con l'ordine pubblico si dovrà, in luogo di quella, applicare la legge richiamata sulla base di altri criteri di collegamento eventualmente previsti.

In mancanza dovrà trovare applicazione la *lex fori* (secondo alcune disposizioni trova direttamente applicazione la *lex fori*).

ESEMPIO:

Nella casistica troviamo esempi in cui si è applicata la legge italiana (lex fori) per consentire il mutamento di sesso di un transessuale straniero in quanto la sua legge nazionale, richiamata dalle norme di conflitto, non lo consentiva.

Proprio il fatto che si tratti di un limite di tipo successivo segna la differenza rispetto al limite dato dalle norme di applicazione necessaria. 

In quel caso, è impedito lo stesso richiamo: il giudice si limiterà ad applicare la norma interna inderogabile, senza verificare se in concreto la norma straniera possa invero trovare applicazione.

Per contro, nel caso dell'ordine pubblico, una volta effettuato il richiamo, il limite all'operatività della norma straniera opera solo qualora si accerti, in concreto, il contrasto.

4.1. Il limite dell'ordine pubblico nell'esecuzione degli atti stranieri

In tal caso, si tratta non già di applicare leggi straniere, bensì di riconoscere gli **effetti già prodottisi all'estero**.

Si parla di funzionamento attenuato del limite dell'ordine pubblico in sede di **delibazione di sentenze straniere**, o, comunque, di **riconoscimento di effetti già prodottisi di sentenze straniere**, in quanto tale limite opera, in tal caso, in modo meno rigoroso.

ESEMPIO:

Il giudice italiano non applicherebbe mai una norma straniera che contempla il matrimonio poligamico per consentire la celebrazione in Italia di un matrimonio poligamico tra cittadini stranieri, ma non mancano pronunce che hanno ammesso la legittimità dei figli nati da matrimonio poligamico celebrato all'estero.

Fondamentale è il concetto di **ordine pubblico processuale**, che comprende i principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio. Sul punto, la Cassazione ha evidenziato che non si ha invece riguardo alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si applicano nelle singole fattispecie (vedi *infra*).

5 La reciprocità

Tale istituto consiste in quel meccanismo col quale l'**efficacia del richiamo** al diritto straniero operato dalla norma di d.i.p. viene **subordinata alla verifica della reciprocità**, cioè del fatto che, in analoghe circostanze, l'ordinamento straniero richiamato avrebbe fatto rinvio allo Stato richiama-



La reciprocità rileva *“non come fondamento del diritto bensì come condizione di efficacia della suddetta norma”* (Cass. civ., sez. unite, 18 marzo 1999 n. 147).



ART. 5, COMMA 2, CODICE DELLA NAVIGAZIONE: *“Le disposizioni del comma precedente si applicano agli atti ed ai fatti compiuti a bordo di una nave o di un aeromobile di nazionalità estera nel corso della navigazione in luogo o spazio soggetto alla sovranità dello Stato Italiano, sotto condizione di reciprocità da parte dello Stato al quale la nave o l'aeromobile appartiene”.*

ART. 16 PRELEGGI CODICE CIVILE: *“Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere”.*



La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la portata del dettato di cui all'art. 16 delle preleggi.

Infatti, una **interpretazione costituzionalmente orientata** della stessa impone di ritenere che tale norma non possa essere strumento per impedire o vincolare l'ammissione del cittadino straniero al godimento dei diritti fondamentali della persona, così come sanciti dalla Costituzione.

→ I **diritti inviolabili della persona** debbono essere **sempre riconosciuti**, a prescindere dalla circostanza che siano riconosciuti o meno nel sistema giuridico nazionale dello straniero che li invoca.

Infatti, lo straniero, se titolare del permesso di soggiorno, è stato ritenuto capace, in deroga al principio di reciprocità, di rendersi acquirente di un immobile da adibire ad abitazione o a sede della propria attività lavorativa, atteso che l'accesso alla proprietà di tale bene è favorita nei riguardi di tutti dall'art. 42.

Oppure, in caso di incidente verificatosi in Italia, allo straniero vittima dell'illecito è sempre consentito domandare al giudice italiano la liquidazione del risarcimento del danno derivato dalla lesione di diritti inviolabili alla persona.