

DIREZIONE

GABRIANO ARANGIO-RUIZ - FRANCESCO CAPOTORTI  
BENEDETTO CONFORTI - LUIGI FERRARI BRAVO - GIORGIO GAJA  
VINCENZO STARACE - PIERO ZICCARDI

REDAZIONE

MARINA SPINEDI  
ADELINA ADINOLEI - MARIA LUISA ALAIMO - ANNALISA CIAMPI - LUIGI SBOLCI

RIVISTA  
DI  
DIRITTO INTERNAZIONALE

VOLUME LXXXV (2002)



of the External Debt, in *Revueil des cours*, 1989, II, p. 31 ss., p. 94). L'emergenza economica, quale quella verificatasi in Argentina, impone alle pubbliche autorità come unico rimedio la via dell'inadempimento: al punto che vi è chi ha valorizzato le esigenze sovrane sottese a quest'ultimo per affermare l'immunità (cfr. quanto sostenuto in tal senso da KAHALÉ, VEGA, *Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1979, p. 211 ss., p. 243).

Appare, tuttavia, poco ragionevole prospettare che uno Stato possa, dopo aver svolto sul mercato finanziario internazionale un'attività *jure privatorum*, sottrarre ogni valutazione ai giudici di altri Stati. Ciò risponde, del resto, all'esigenza di garantire la correttezza delle relazioni che caratterizzano il mercato finanziario medesimo, impedendo che si verifichi la situazione paradossale in cui uno Stato si possa avvantaggiare dalla partecipazione ad esso, senza tuttavia correrne i correlati rischi, acquistando così rispetto agli altri operatori una posizione di assoluto privilegio. Nel momento in cui lo Stato sceglie di ricorrere al debito pubblico e di agire alla stregua di un soggetto privato, non assumono quindi rilevanza le ragioni, anche di stampo pubblicistico, che possono guidare le sue scelte nello svolgimento del rapporto obbligatorio (cfr. in tal senso la sentenza resa dalla District Court per il District of Louisiana nel caso *De Sanchez v. Central Bank of Nicaragua*, in *Int. Law Reports*, vol. 88, p. 584 ss., p. 592). Correttamente, quindi, l'ordinanza del 22 luglio 2002 ha affermato che i rapporti che derivano dall'emissione di titoli costituiscono, per tutta la loro durata e quali che siano le loro vicende, « rapporti obbligatori di diritto privato ».

Ciò non significa, peraltro, che, anche in questa riconosciuta veste dello Stato, non debbano essere valutate, nel giudizio di merito, le concrete motivazioni del suo inadempimento: lo Stato inadempiente, infatti, proprio perché parificato ad un privato operatore, potrà invocare, al pari di quest'ultimo, l'esistenza di situazioni ad esso non imputabili che hanno inciso sull'osservanza dell'obbligo di corrispondere gli interessi pattuiti, quali la forza maggiore o l'impossibilità sopravvenuta. Si tratta, infatti, di cause di estinzione dell'obbligazione che, seppur con forme variabili, sono consicute in molti ordinamenti (si veda ancora quanto segnalato al proposito da MAC LEAN, op. cit., pp. 108-110). Lo Stato inadempiente rimarrebbe comunque tenuto alla rifusione integrale del capitale: un adempimento che, viste le attuali condizioni finanziarie dell'Argentina, appare quanto meno remoto. (*Stefano Dorigo*)

**Un ritorno al « diritto internazionale privato facoltativo » in una recente sentenza della Corte di cassazione?** — Una recente sentenza della Corte di cassazione (sez. I, 26 febbraio 2002 n. 2791, *Regoli c. Etchi*, in *Rivista*, 2002, p. 463 ss.) ha adottato un'interpretazione quantomeno semplificata e potenzialmente destabilizzante degli articoli 14 e 15 della legge n. 218/1995, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Infatti, pur ribadendo chiaramente l'obbligo per il giudice di accertare *ex officio* il diritto straniero applicabile ai sensi delle disposizioni della legge di riforma, e di interpretarlo ed applicarlo secondo i criteri propri di quest'ultimo, ha poi adottato una concezione estremamente restrittiva di entrambi questi obblighi, al punto di svuotarli sostanzialmente di conte-

nuto e far riemergere alcuni tratti tipici di un orientamento giurisprudenziale che avrebbe dovuto essere definitivamente superato con il sopraggiungere della nuova disciplina legislativa della materia. Tale orientamento, notoriamente, si basava sul presupposto che le norme del diritto straniero richiamato fossero da considerarsi alla stregua di mere circostanze di fatto, come tali da provarsi ad onere della parte interessata, non potendo il giudice, in mancanza di tale prova, applicare altra legge se non la legge italiana (Cass., 21 marzo 1980 n. 1906, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 498 ss.; si veda ampiamente, con riferimento alle diverse soluzioni giurisprudenziali anteriori alla riforma, RUBINO-SAMMARTANO, *Il giudice nazionale di fronte alla legge straniera, ibidem*, 1991, p. 315 ss.). Conseguenza inevitabile dell'adozione di tale orientamento, che aveva trovato del resto una corrispondenza in un analogo indirizio della giurisprudenza francese poi abbandonato (Cass. civ., I, 12 maggio 1959, *Bisbal*, in *Revue critique de droit int. privé*, 1960, p. 62 ss., con nota di BATTERFI, riguardo alla successiva evoluzione della giurisprudenza francese in materia, v. BOREAU, *L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse*, in *Journal du droit int.*, 1990, p. 317 ss.) e che costituisce tuttora sostanziale espressione della posizione dell'ordinamento inglese a riguardo (si veda ampiamente FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 3 ss.), è quella di considerare l'efficacia delle norme di diritto internazionale privato come meramente facoltativa, dal momento che l'applicazione della legge da esse designata rimane pur sempre rimessa all'iniziativa delle parti, le quali possono ben rinunciare ove preferiscano rendere applicabile in via sostitutiva la *lex fori* (di *Erstrecht* parla infatti FLESSNER, *Fakultatives Kollisionsrecht*, in *RabelsZeitschrift*, 1970, p. 547 ss.; per un quadro più recente della problematica, v. DE BOER, *Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-Of-Law Rules and Foreign Law*, in *Revueil des cours*, t. 257, 1996, p. 223 ss.).

E da notare che tale facoltà rimane pur sempre concessa alle parti, entro certi limiti, in diversi ordinamenti che pure in linea di principio adottano l'opposto principio ora fatto proprio anche dalla legge italiana, per cui il diritto straniero richiamato deve essere applicato d'ufficio dal giudice. La stessa giurisprudenza tedesca, che pure ha da più antico tempo e con maggiore rigore affermato l'applicabilità *ex officio* del diritto straniero richiamato, ammette che, nelle materie in cui le parti avrebbero potuto esercitare *a priori* la facoltà di scelta della legge applicabile, quindi principalmente in materia di obbligazioni contrattuali ed extraccontrattuali, esse possano convenientemente rinunciare all'applicazione del diritto straniero designato dalle norme di conflitto, determinando l'applicazione della legge tedesca. Tale effetto può essere anche ricondotto ad un comportamento tacito delle parti, consistente nel fondare le rispettive pretese e difese unicamente sul diritto tedesco (Bundesgerichtshof, 18 gennaio 1988, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1988, p. 1592 ss., ma l'orientamento viene considerato consolidato già da FLESSNER, op. cit., p. 566 ss.). Analoga facoltà prevede peraltro la giurisprudenza francese, sebbene soltanto con riferimento alle controversie relative a materie in cui le parti abbiano la libera disponibilità dei loro diritti e quindi ad un ambito di controversie in larga parte corrispondente a quello preso in considerazione dall'analogo orientamento tedesco prima ricordato (Cass., Ch. com., 16 novembre 1993, in *Revue critique*

*de droit int. privé*, 1994, p. 332 ss., con nota di LAGARDE). Una soluzione simile è d'altronde recepita anche nella legge svizzera di diritto internazionale privato all'art. 16, nel quale il principio per cui la legge straniera applicabile dovrà essere accertata ed applicata d'ufficio trova un temperamento in relazione alle controversie di carattere patrimoniale, nelle quali l'onere della prova del diritto straniero può essere posto a carico delle parti, con l'effetto di rendere applicabile a titolo residuale la legge svizzera se tale prova non sia stata fornita (v., per tutti, DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 42 ss.; KELLER, GIESBERGER, Art. 16, in *IPRG Kommentar* (a cura di Henni, Keller, Siehr, Vischer, Volken), Zürich, 1993, p. 147 ss.).

Per quanto le indicazioni desumibili in tal senso dagli ordinamenti appena considerati apparissero avallate dai lavori dell'Institut de droit international relativi alla parità di trattamento tra diritto interno e diritto straniero, nei quali era stata prevista la possibilità di un'eccezione all'obbligo di accertamento ed applicazione *ex officio* del diritto straniero in relazione alle materie timesse alla disponibilità delle parti (si veda il progetto di risoluzione, in *Annuaire de l'Institut de droit int.*, vol. 63-II, 1990, p. 294; l'inciso era stato poi in realtà sostituito nel testo definitivo della risoluzione da un generico riferimento alle «*regles générales de procédure*» dei singoli Stati, ivi, p. 334), una tale soluzione non risulta recepita dalla lettera dell'art. 14 della legge di riforma, il quale non appare prevedere distinzioni quanto all'applicazione del principio in esso enunciato in relazione alla materia suscettibile di venire in considerazione. Invero, per quanto la possibilità di un'interpretazione dell'art. 14, 1° comma, della legge di riforma nel senso di ammettere un'eccezione al principio dell'applicazione d'ufficio della legge straniera con riferimento alle materie rientranti nella disponibilità delle parti fosse stata contemplata da alcuni tra i primi commentatori della disposizione (cfr. BOSCHERO, Art. 14, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (a cura di Barattini), in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1035 ss., specie p. 1039 s.; CARBONE, *Articolo 14, in Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di Pocar et al.), Padova, 1996, p. 58 ss., specie p. 63 s.), una tale interpretazione non appare contemplata dalla relazione ministeriale sul progetto di legge (la si veda in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale* (a cura di Gaia), Milano, 1994, p. 401 ss., p. 409 s.) né condivisa da altre, più recenti analisi della disposizione in esame (tra gli altri, BALLARINO, *Diritto internazionale privato*<sup>3</sup>, Padova, 1999, p. 289 s.; CONETTI, Art. 14, in CONETTI, TONOLO, VISARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2001, p. 46 ss.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*<sup>2</sup>, Torino, 2001, p. 157 ss.; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 549 ss.; POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997, p. 35 ss.), né, al momento, appare sostenuta in giurisprudenza (il principio del dovere di accertamento d'ufficio del diritto straniero è stato del resto ritenuto pienamente applicabile in relazione ad una fattispecie in materia contrattuale dalla sentenza della stessa Corte di cassazione 12 novembre 1999 n. 12538, *Ferticalabria c. Viatra*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 651 ss.).

E pertanto sorprendente che la Corte di cassazione nella sentenza in esame abbia potuto, per di più in relazione ad una materia che coinvolge

sicuramente diritti indisponibili, trattandosi di un'azione di accertamento giudiziale di paternità, adoriare un'interpretazione dell'art. 14 della legge di riforma tale da rimettere in sostanza alla disponibilità delle parti l'accertamento della legge straniera applicabile. Infatti, nella specie la Suprema Corte ha riconosciuto la legittimità della decisione dei giudici di merito di basarsi, ai fini dell'accertamento e della conseguente applicazione della legge straniera applicabile, su di una mera traduzione, prodotta dalla parte interessata, delle disposizioni della legislazione estera di cui la parte invocava la rilevanza, oltretutto eseguita da un funzionario dell'ambasciata dello Stato estero in Italia e quindi, peraltro, in difformità dalle disposizioni vigenti in materia di legalizzazione. Per di più, la Cassazione ha desunto la sufficienza ed adeguatezza di tale documentazione dalla mera assenza di contestazione della controparte in ordine all'autenticità e completezza delle fonti prodotte, contraddicendo un dato acquisito già in epoca anteriore alla riforma, allorché la stessa Suprema Corte aveva affermato che, dovendo allora il contenuto della legge straniera essere provato dalla parte che ne invocava l'applicazione, non potesse ritenersi prova sufficiente la produzione delle mere disposizioni ritenute applicabili dalla parte, essendo necessario fornire la fonte autentica che contenga tutte le norme che regolano la materia (Cass., 19 gennaio 1985 n. 149, *Sensberger c. Reichegger*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 344 ss.). Nel far ciò, la Cassazione ha non solo violato il disposto dell'art. 14, 1° comma, della legge di riforma, che, nel prevedere che l'accertamento della legge straniera debba essere compiuto *ex officio* dal giudice, ha con ciò stesso escluso che tale accertamento possa essere fatto in qualche modo dipendere dalla volontà, sia pure tacita, delle parti, ma ha anche disatteso interamente le indicazioni che la disposizione stessa reca in ordine alle modalità con cui il giudice potrà pervenire all'accertamento della legge straniera, rispetto alle quali la collaborazione delle parti, cui è fatto riferimento in via incidentale nel 2° comma dell'articolo, presenta un ruolo decisamente residuale e meramente eventuale (sottolinea infatti POCAR, op. cit., p. 36 s., come il riferimento alla collaborazione delle parti, inizialmente non previsto dal progetto della Commissione ministeriale, non debba essere interpretato in termini di onere probatorio, ponendosi una tale interpretazione in contrasto con il dichiarato potere di accertamento *ex officio*, nello stesso senso PICONE, op. cit., p. 153).

La discutibilità dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di cassazione nella sentenza in esame appare aggravarsi con riferimento al modo in cui la Corte ha affrontato la questione, distinta ma strettamente collegata, dell'interpretazione del diritto straniero applicabile. In proposito, come è noto, l'art. 15 della legge di riforma prescrive, che la legge straniera deve essere applicata secondo i propri criteri di interpretazione ed applicazione nel tempo. Anche con riguardo a questa disposizione, la Suprema Corte ha fatto seguire ad un'iniziale enunciazione sostanzialmente corretta del principio contenuto nella norma (riconoscendo che si è inteso conservare alle norme richiamate il carattere di norme giuridiche straniere, e che queste pertanto andranno interpretate nel contesto del proprio sistema giuridico di appartenenza, inteso nella sua globalità e «nella dimensione in cui esso si fa diritto vivente») implicazioni manifestamente incompatibili con il principio da essa stessa enunciato. Così, la Corte ha ritenuto che tale principio non comporti un obbligo per il giudice italiano di acquisire le fonti

giurisprudenziali o dottrinali che possano servire di guida nell'interpretazione delle disposizioni della legge straniera. Rimane quindi da domandarsi quale sia il significato ascrivibile all'espressione « diritto vivente » nell'argomentazione della Suprema Corte.

Ulteriormente contraddittorie sono le affermazioni successive, in cui dapprima la Suprema Corte afferma, nuovamente, che il giudice italiano dovrà applicare il diritto straniero come se fosse un giudice dell'ordinamento d'origine, mentre poi ritiene sufficiente al fine di questa equiparazione funzionale la mera acquisizione dei « canoni interpretativi generali » dell'ordinamento richiamato, con particolare riferimento ai criteri ermeneutici e alle norme sulla gerarchia delle fonti e sull'efficacia della legge nel tempo. A riguardo, non si può fare a meno di osservare come il riferimento ai canoni interpretativi generali in uso nell'ordinamento straniero, che, peraltro, non necessariamente trovano una formulazione codificata come avviene nel nostro ordinamento, non può ritenersi sufficiente a colmare il divario in termini di preparazione che il giudice italiano si trova a fronteggiare nell'applicare disposizioni specifiche del diritto straniero, rispetto ai giudici dell'ordinamento d'origine.

E il rifiuto di far luogo a specifici accertamenti in ordine all'interpretazione delle disposizioni in questione nell'ordinamento d'origine ha comportato l'accoglimento da parte della Suprema Corte di un'interpretazione lata di una nozione presente nella legge straniera, quella di alimenti, fondandola su principi generali desunti dal nostro ordinamento, come il *favor filiationis*. Il ricorso ad un tale metodo di applicazione ed interpretazione del diritto straniero appare particolarmente censurabile da parte del giudice italiano in relazione ad una fattispecie in cui l'applicazione della legge straniera poteva considerarsi imposta, con riferimento alla questione da ultimo ricordata, anche da una convenzione internazionale, nella specie la Convenzione dell'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, applicabile *erga omnes*, la cui rilevanza in relazione a tale questione non è stata tuttavia ravvisata dalla Suprema Corte.

La Suprema Corte avrebbe potuto più correttamente rilevare che il dovere di accertamento *ex officio* del contenuto della legge straniera applicabile si estende necessariamente anche all'interpretazione di questa nel contesto dell'ordinamento d'origine, ai sensi dell'art. 15 della legge di riforma, e che, pertanto, ove l'accertamento di tale interpretazione si fosse rivelato effettivamente impossibile, se ne sarebbe dovuta desumere l'inadeguatezza dell'accertamento del contenuto stesso della legge straniera, con le conseguenze espressamente previste per tale circostanza dal 2° comma dell'art. 14 della stessa legge n. 218 (v. a riguardo PRONE, op. cit., pp. 134 s. e 189 ss.; POCAR, *Sulle conseguenze della mancata conoscenza del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto*, in *Collisio legum. Studi per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 413 ss.). È infatti evidente come l'accertamento del mero testo della legge straniera appaia di per sé insufficiente, ove la legge stessa presenti profili di difficoltà interpretativa in ordine ad un punto decisivo al fine di una corretta soluzione della controversia (si veda a riguardo, con riferimento all'ordinamento tedesco, una recente sentenza molto rigorosa del Bundesgerichtshof, 30 gennaio 2001, in *IPRax*, 2002, p. 302 ss., con nota di HÜSTERGE, IV, p. 292 ss.).

La soluzione seguita dalla Suprema Corte è consistita sostanzialmente in una applicazione meramente formale della legge straniera, in realtà am-

piamente e liberamente interpretata secondo i criteri propri della legge italiana, al punto di farle assumere un contenuto materiale corrispondente a quello proprio di quest'ultima. Una tale interpretazione adeguatrice del contenuto della legge straniera ai principi dell'ordinamento del foro non è da considerarsi ammissibile, alla luce della disciplina introdotta dalla legge di riforma, nemmeno nei casi in cui sia ravvisabile un contrasto tra le disposizioni della legge straniera e l'ordine pubblico italiano, dato che in simili ipotesi il giudice italiano sarà tenuto piuttosto a disapplicare tale legge ai sensi dell'art. 16 della stessa legge di riforma (in questo senso v. CARBONE, *Articolo 15*, cit., p. 75). (*Fabrizio Marongiu Buonaiuti*)