

Ar2

Stefano Alberto Villata

Diritto straniero e processo

Premessa storica ad uno studio della “prova” del diritto straniero



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5547-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

A Giuditta Paola

Stefano Alberto Villata, *Diritto straniero e processo. Premessa storica ad uno studio della "prova" del diritto straniero*

Indice

11 *Premessa*

17 *Capitolo I*

La “prova” del diritto straniero dal codice del 1865 alla legge 218 del 1995

1.1. L'accertamento del diritto straniero in Italia e Europa a cavallo dell'emanazione del codice civile del 1865. La scuola manciniana di diritto internazionale privato, 17 – 1.2. Il contributo della dottrina processualistica, 27 – 1.3. Il dibattito nella dottrina antecedente all'emanazione del Codice Civile del '42, 31 – 1.4. L'evoluzione della giurisprudenza nel vigore del Codice Pisanelli, 38 – 1.5. Il ruolo del diritto straniero nella dottrina dogmatica di diritto internazionale privato, 46 – 1.6. La dottrina processualistica: alla ricerca del principio *jura novit curia* applicato al diritto straniero, 51 – 1.7. Un problema specifico: il fallito accertamento del diritto straniero, 60 – 1.8. L'evoluzione della giurisprudenza nel vigore delle norme contenute nel Codice Civile, 63 – 1.9. Considerazioni conclusive, 69

73 *Bibliografia*

Premessa

L'argomento del presente lavoro sembrerebbe ormai aver perso di rilievo a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 218/1995). Come noto, tale norma prevede che la legge straniera, richiamata dalle norme di conflitto, sia accertata d'ufficio. Ebbene: con l'articolo in esame il legislatore avrebbe inteso quindi superare la diatriba giurisprudenziale (e anche dottrinale) sussistente nel vigore del codice civile del '42 (ma addirittura anche in tempi antecedenti) relativa alla qualificazione in termini di *fatto* o di *diritto* (e al conseguente dovere del giudice di accertare d'ufficio il contenuto) delle norme straniere applicabili in virtù del rinvio internazionalprivatistico, per aderire all'orientamento all'epoca comunque dominante (quanto meno in dottrina), che assoggetta anche la legge estera al noto canone *jura novit curia*, che tradizionalmente si ritiene immanente nel sistema o altrimenti sottostante all'art. 113 c.p.c.

Da questo punto di vista, non vi sarebbe quindi più alcun tema di discussione, avendo il legislatore risolto la principale questione che animava (come si vedrà, nemmeno più di tanto per quanto riguarda la dottrina) il dibattito nel vigore della precedente normativa. Di conseguenza, oggi non si dovrebbe o potrebbe nemmeno più accostare il termine prova – che come noto riguarda tipicamente il *fatto* – con la parola *diritto* per quanto riguarda sia l'*onus probandi*, sia gli oneri di allegazione, sia i poteri del giudice.

Senonché, uno sguardo di insieme a tutti i problemi che possono insorgere allorché venga in vario modo in rilievo il diritto straniero

inducono a ritenere che la materia sia ancora meritevole di approfondimento.

Basti pensare che, pure oggi, le granitiche certezze in ordine al ruolo della legge straniera come vero *diritto*, allorché la stessa sia richiamata dalle norme di conflitto interne, si sfaldano laddove il diritto straniero sia vagliato, ad esempio, ai fini di accertare, ai sensi dell'art. 16 delle preleggi, la ricorrenza della condizione di reciprocità. A tal riguardo, si discute infatti, come si vedrà, se la norma straniera debba essere trattata a mente dell'art. 14 l. 218/95, e perciò applicata d'ufficio, ovvero "degradi" ad elemento della fattispecie costitutiva del diritto dello straniero, e sia pertanto da considerarsi quale *fatto*, della cui prova si discuterà all'interno del processo. Ed ancora, analoghe discussioni sono insorte con riguardo all'ipotesi in cui il diritto materiale di uno Stato estero sia stato invocato dai paciscenti di un accordo negoziale, non già quale diritto applicabile (ai sensi oggi del Reg. 593/2008, c.d. "Roma I"), ma quale parte del contenuto del regolamento negoziale, o ancora laddove sia invocata quale causa di giustificazione rispetto ad un illecito una norma di comportamento estera vigente nel luogo della condotta inadempiente o lesiva¹. Pure al riguardo, ci si chiede se la legge straniera conservi la qualità di *diritto* ovvero trasmuti in *fatto*.

Ma si pensi ancora, per rimanere all'ambito del diritto processuale, alle norme che, ai fini del riconoscimento ed esecuzione di una sentenza estera, richiedono il vaglio della legge straniera al fine di determinare se l'atto introduttivo sia stato notificato conformemente alla *lex processus* (art. 64, l. 218/95). Anche in tale ipotesi, il diritto straniero viene in rilievo non già in virtù dei criteri di collegamento previsti dalle norme di conflitto (in relazione ai quali, come si vedrà, è certa l'applicazione dell'art. 14), sibbene riguardo a norme nelle quali la conformità alla legge straniera è elemento della fattispecie costitutiva dell'effetto (riconoscimento/esecuzione) richiesto da chi agisce in giudizio. Sempre di applicazione di norme si tratterà, ma non in virtù del sistema di diritto internazionale privato.

¹ Cfr. art. 17 del Regolamento "Roma II": «Nel valutare il comportamento del presunto responsabile del danno prodotto si tiene conto, quale dato di fatto e ove opportuno, delle norme di sicurezza e di condotta in vigore nel luogo e nel momento in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità».

Del resto, nella presente indagine, non può certo essere trascurata la circostanza che alcuni ordinamenti (ed in particolare quello inglese, ma anche quello nord-americano, quanto meno in alcuni Stati, seppur attualmente con diverse sfumature rispetto al passato) ancor oggi considerano il problema dell'applicazione della legge straniera oggetto della *quaestio facti* e perciò degli istituti propri dell'accertamento del fatto (*pleading, expert witness* e *iudicial notice* ad esempio). Diritto estero comunque non rimesso alla cognizione della giuria, il che invero allontana almeno in parte il trattamento del diritto straniero dai canoni tipici dell'*evidence*. E non dissimile era la posizione di alcuna nostra giurisprudenza e dottrina, nel periodo antecedente alla riforma del sistema di diritto internazionale privato del 1995.

Chi scrive ritiene che l'esperienza di un intero ordinamento importante quale quello di *common law* non possa essere liquidato, come usualmente avviene, come una stranezza incomprensibile a noi giuristi "continentali" e perciò al più degna di interesse comparatistico "filatelico", ma al contrario debba essere indagata per rinvenirne fondamento e *ratio*. E da questa analisi forse emergerà che il principio *jura novit curia*, declinato nell'obbligo di conoscenza del diritto da parte del giudicante, lungi dall'essere *coessenziale* alla funzione giurisdizionale rappresenta una scelta di diritto positivo legato anche al ruolo e formazione del giudicante.

Pure indispensabile, anche per contrappunto rispetto alle scelte degli ordinamenti di *common law*, sarà l'analisi comparatistica dei principali sistemi continentali (in particolare, quello tedesco) a noi più vicini e congeniali per reperire spunti e suggerimenti al fine di risolvere le questioni più problematiche che animano ancora il dibattito.

Così come si ritiene in questa sede fruttuosa una ricostruzione storica degli orientamenti espressi da dottrina e giurisprudenza, dalla nascita del moderno diritto internazionale privato (coincidente con il cinquantennio antecedente alla codificazione del 1865) sino all'approvazione della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato del 1995. Si vedrà infatti come il dibattito giuridico sia principalmente influenzato non solo da riflessioni sulla natura e fondamento del principio *jura novit curia*, sibbene da ricostruzioni, sì dogmatiche, della funzione delle norme di diritto internazionale privato e del ruolo della legge straniera in virtù del richiamo/incorporazione

derivante da queste ultime. Il tutto anche alla luce della condivisa (e condivisibile) considerazione che il successo o il fallimento di un sistema di rinvio internazionalprivatistico dipende dal trattamento processuale del diritto straniero².

In occasione di tale esame, si registreranno peraltro opinioni dissonanti (ad esempio, Salvatore Satta) e fortemente critiche rispetto alla *vulgata* della necessaria applicazione della legge straniera in virtù del noto brocardo ovvero dell'art. 113 cod. proc. civ. Sarà quindi anche questa l'occasione per analizzare (ed eventualmente rimeditare) il fondamento del suddetto adagio *jura novit curia*, e per indagare se tale fondamento abbia qualche relazione con altri principi (ivi inclusi quelli regolanti l'accertamento del fatto, quale ad esempio la "conoscenza" d'ufficio dei fatti notori).

Ulteriori questioni che si approfondiranno nel presente lavoro riguardano la prova degli elementi (fattuali) di estraneità dai quali dipende la designazione della legge applicabile: se è (oggi) unanimemente condivisa l'idea che l'applicazione delle norme di conflitto sia *obbligatoria*, incertezze maggiori riguardano la rilevabilità d'ufficio, e soprattutto l'ammissibilità di iniziative istruttorie officiose relative ai presupposti che impongono l'intervento del sistema di diritto internazionale privato e l'applicazione della legge straniera da questo richiamata, presupposti che certamente appartengono al *fatto*.

Infine, la parte finale sarà dedicata all'analisi della norma vigente e degli strumenti con i quali il giudice potrà (anzi dovrà) procurarsi la conoscenza del diritto straniero. Verrà poi diffusamente esaminata la soluzione prospettata dal legislatore del '95 in relazione all'ipotesi in cui il giudice, nonostante la collaborazione delle parti, non pervenga a conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di rinvio: ci si soffermerà, non tanto sull'applicazione degli ulteriori criteri di collegamento previsti, in via sussidiaria, dal sistema internazionalprivatistico, sibbene sull'applicazione della *lex fori*.

Si indagherà pertanto se la soluzione prescelta dal legislatore, in un'interpretazione limitata all'applicazione del solo diritto sostanziale

² Considerazione espressa di recente anche da S. GEEROMS, *Foreign law in civil litigation. A comparative and functional analysis*, Oxford, 2004, 1. Ma v. anche già E. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. III, Torino, 1888, 798 s.

interno, conduca a risultati equilibrati sul piano del processo ovvero se sia ipotizzabile l'utilizzo di concetti di teoria generale del processo – quale in particolare la c.d. possibilità giuridica intesa quale condizione dell'azione – per limitare alcune indubbe conseguenze incongrue laddove un rigetto nel merito, per mancanza della prova del diritto straniero, finirebbe per precludere, con la tipica efficacia del giudicato sostanziale, la riproposizione della medesima azione.