

## **Incontro celebrazione Rolando Quadri.**

**14 dicembre 2007 – Università Federico II**

### **Intervento del prof. Emilio Pagano**

Sono stato incaricato dagli autorevoli colleghi ed amici, allievi come me di Rolando Quadri, di rendere, nel centenario della nascita, una testimonianza al pensiero scientifico del Maestro. Mi sento onorato per questa designazione anche se so bene che altri avrebbero potuto, sicuramente meglio di me, adempiere a questo compito.

Mi riferirò alla dottrina di R. Quadri relativa alla scienza del diritto internazionale privato (dip) alla quale Egli ha dato un contributo di grande rilievo non meno significativo di quello dato al diritto internazionale pubblico.

Sul piano strettamente dogmatico e scientifico, le idee e le teorie di R. Quadri conservano, anche in questo contesto, ancor oggi tutta la loro forza e la loro vitalità; sono ricche di fascino e meriterebbero già solo per questo di essere ricordate. Esporle in maniera integrale in questa sede non è, ovviamente, possibile. Ho deciso, allora, di soffermarmi su alcuni aspetti del pensiero del Maestro che trovano un significativo riscontro nella legge italiana di riforma del dip. Così facendo, penso di interpretare nel modo migliore lo spirito del nostro incontro di oggi.

Sarebbe veramente riduttivo se ci limitassimo ad una mera celebrazione del comune Maestro tributandogli un ricordo, sia pure affettuoso e riconoscente, accompagnato magari anche da qualche rimpianto o disappunto per ciò che le sue intuizioni potevano rappresentare ma che, forse per leggerezza o incomprendimento o forse per ostilità preconcetta o ottusa chiusura della comunità scientifica non è stato, quasi che le sue idee siano ormai tramontate.

Quante volte ho sentito dire: “Le tesi di Quadri, campione dell’unilateralismo, erano davvero geniali, peccato che le cose siano andate diversamente”! Oppure: “chissà, forse se ne potrebbe parlare, ma de iure condendo!”.

Non condivido questo ragionamento. Sono convinto, anzi, che l’attuale sistema positivo, che pure si caratterizza per l’evidente impostazione bilaterale delle sue norme per mezzo delle quali fornisce indicazioni quasi sempre apparentemente neutrali e asettiche in funzione del migliore collegamento formale tra le fattispecie e le norme da applicare (senza con questo voler ignorare che vi sono anche indicazioni ispirate a contenuti materiali) oltre che per un (tendenziale) principio di parità di trattamento tra diritto interno e diritto straniero, finisca, sotto diversi profili, col condividere proprio quelle impostazioni per le quali R. Quadri si è battuto tenacemente e, quasi sempre, isolatamente.

Prima di soffermarmi su questioni riguardanti il dip mi sia consentito fare un solo riferimento ad un problema di diritto processuale civile internazionale che è stato risolto dalla legge italiana proprio in coerenza con la concezione che Quadri aveva vanamente sostenuto per decenni. Mi riferisco a quello relativo all’ampiezza dell’esercizio della giurisdizione che costituisce la premessa sulla quale va costruito, poi, un sistema di regole sul diritto applicabile. I più giovani forse non sanno che intorno al problema della sussistenza e dell’esercizio della giurisdizione divampò una accesissima polemica già sotto il vigore del vecchio codice di procedura civile, che si è ripetuta

anche alla luce di quello introdotto nel 1942, che vide protagonista Quadri, da un lato, e i fautori di un diverso orientamento, fra i quali, Carnelutti, dall'altro. La questione era se la giurisdizione civile, come funzione dello Stato, dovesse essere considerata per sua natura limitata, come sosteneva Quadri secondo il quale il legislatore avrebbe dovuto, in proposito, stabilire e precisare le condizioni in presenza delle quali il suo esercizio era possibile, oppure se si trattava di una funzione che lo Stato poteva teoricamente esercitare senza limiti se non quelli che autonomamente esso stesso si fosse dato, come affermava l'altra versione. Seguendo questa seconda concezione, dalla formulazione dell'art. 4 del cpc del 1942 si potevano desumere unicamente dei limiti; la conseguenza sarebbe stata che, per tutto quanto non eccettuato, ad es. nei confronti del cittadino convenuto, la giurisdizione italiana doveva ritenersi sussistente sempre. Quadri si battè inutilmente contro questa lettura che fu, invece, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ebbene, la formulazione della legge 218/95 ha fatto giustizia di questa astratta tesi ed ha accolto in pieno quella di Quadri secondo il quale la giurisdizione non può essere esercitata illimitatamente ma solo in presenza di condizioni concrete tassativamente previste. Non basta, infatti, la cittadinanza italiana del convenuto a giustificare la giurisdizione interna (come, d'altra parte si ricavava anche dalla convenzione di Bruxelles del 1968) così come non v'è possibilità di proporre in Italia una azione reale su beni immobili siti all'estero (art. 5 l. 218/95).

Venendo alle questioni relative al dip in senso stretto, un punto forte del pensiero di Quadri nel dip è stato il rispetto per il dato positivo che egli faceva valere non solo nei riguardi del diritto interno ma anche del diritto straniero. A suo avviso, l'azione dell'interprete deve svolgersi in primo luogo nei confronti delle norme interne delle quali deve tendere a ricostruirne la portata, ove non risulti già espressamente stabilita, in base a vari elementi tra cui l'interesse perseguito; successivamente (*Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 253), e nello spazio non coperto dalle valutazioni interne, egli deve considerare il problema dell'applicazione del diritto straniero da valutare e risolvere nel rispetto dei suoi criteri a loro volta ricostruiti seguendo le stesse modalità praticate per il diritto interno.

A questa premessa fa da corollario

- la considerazione che la portata delle norme va ricostruita in base agli interessi perseguiti dal legislatore che le pone in essere;
- la necessità che il diritto straniero vada applicato nel rispetto della sua volontà secondo il principio dell'autocollegamento (*Lezioni*, p. 262) e ciò per evitare arbitri, astrazioni e fughe in avanti;
- che la motivazione dell'applicazione del diritto straniero (ovviamente nello spazio lasciato libero dal diritto interno!) sta nell'esigenza di uniformità e di continuità della vita giuridica delle persone e nell'aspettativa psicologica dei soggetti che traggono forza dalla consapevolezza, fondata e non erronea, della portata del diritto straniero, cui si è fatto cenno (*Lezioni*, p. 150), e giammai da un astratto collegamento tra il fatto da regolare ed una certa legge, realizzato da un terzo (legislatore straniero o giudice straniero, attraverso regole o principi di dip) in maniera assolutamente soggettiva, con grave rischio di scelte arbitrarie.

Quadri parte dalla premessa che è la norma a sussumere il fatto e non viceversa; che non esistono fatti giuridicamente rilevanti se non c'è una norma che li consideri tali (si pensi al non senso di chiedersi da quale legge debba essere regolata una .... obbligazione ex lege! Come se l'obbligazione ex lege fosse un dato della realtà fenomenica, con una sua esistenza oggettiva, che

l'esperto deve solo esaminare ed inquadrare; come se una tale obbligazione possa esistere da sola, prima ancora che una legge la consideri tale!)

Il rifiuto di questa impostazione lo spinge a rivalutare una concezione andata nel tempo ed abbandonata per seguire l'approccio suggerito (ma non imposto!) da Savigny che si basava sull'individuazione della sede del rapporto giuridico (rettificato, poi, in rapporto di fatto) come se il rapporto giuridico abbia una sua sede che l'interprete dovrebbe rilevare.

L'interprete assolverebbe a questo compito come fa un tecnico chiamato a verificare la consistenza o l'idoneità di un collante a tenere uniti due oggetti. Egli esamina i vari collanti con gli strumenti dell'analisi scientifica e conclude che quel collante risponde meglio allo scopo!

Inutile aggiungere che, nel caso di specie, ogni legislatore adoperava criteri del tutto soggettivi per stabilire la bontà del collegamento.

Per quanto concerne i risconti, cui facevo cenno prima, ricordo, innanzitutto, che nel sistema italiano di *dip*, che è un sistema bilaterale, ci sono regole unilaterali la cui finalità si esaurisce nello stabilire se e quando si applicano le norme interne (e non anche quelle straniere). Tali regole sono rappresentate dall'art. 25 in tema di legge regolatrice delle società e dall'art. 38 sull'adozione. In entrambi i casi, infatti, dopo aver formulato un criterio per l'individuazione delle leggi regolatrici valido sia per l'applicazione del diritto interno che di quello straniero (funzione bilaterale), il legislatore prosegue dando indicazioni solo per l'applicazione del diritto italiano. In questo modo, l'astratto criterio di parità di trattamento tra *lex fori* e diritto straniero salta e la prima si trova in una posizione di assoluto vantaggio rispetto al secondo perché ha occasioni maggiori di essere applicata; né risulta possibile ristabilire una posizione di equilibrio attraverso la tecnica della bilateralizzazione del criterio adoperato a vantaggio del diritto interno perché, se fosse praticata, renderebbe inutile l'intera previsione.

In questi casi, l'interesse interno, che ispira sempre le scelte del legislatore (tutti ricordano la motivazione che, secondo Quadri, porta alcuni ordinamenti a preferire il criterio della legge nazionale piuttosto che quello della legge del domicilio per la disciplina dei rapporti familiari che Egli vedeva legata agli interessi dei Paesi di emigrazione o di immigrazione) ma che spesso è mascherato dalla formulazione bilaterale dei criteri di collegamento, esce prepotentemente allo scoperto e la sua formulazione non può servire, neppure apparentemente, da copertura per l'applicazione di leggi straniere.

Ma l'interesse interno non si evidenzia solo in queste ipotesi; esso condiziona anche le altre scelte.

L'affermazione che l'interesse perseguito dalle norme interne possa concretizzarsi anche nelle indicazioni fornite dalle regole di *dip* era stata, invero, riconosciuta dalla ns corte cost. nelle note sentenze sull'art. 18 e 20, e di recente sull'art. 19 delle preleggi, anche se ne aveva tratto delle conseguenze, a mio giudizio, del tutto spropositate.

Se, da un lato, è del tutto corretto ritenere che le norme di *dip* riflettono il clima generale e l'impostazione (corrente al tempo della loro formulazione) del diritto materiale interno, è del tutto fuori luogo, dall'altro, affermare che l'indicazione della legge del marito o del padre per la disciplina di rapporti tra coniugi o fra genitori e figli contrasti col principio di uguaglianza (artt. 3 e 29 cost). Ma non è questo il momento per soffermarsi su questi problemi.

Qui rileva evidenziare che l'interesse interno sta alla base delle scelte di *dip* e che tale interesse emerge anche riguardo:

- al problema della plurima cittadinanza in capo al soggetto, nei casi in cui il criterio di collegamento sia la cittadinanza, perché si ha l'applicazione della legge italiana anche se quella italiana non è la cittadinanza più effettiva (art. 19, n. 2)
- alla soluzione (scontata) in tema di op (art. 16);
- a quella nuova relativa alle norme di applicazione necessaria (art. 17)

L'interesse emerge ancora relativamente alle soluzioni caratterizzate dalla c.d. *optio legis* che si hanno quando, dopo aver individuato una legge regolatrice di un dato rapporto o di una situazione, il legislatore concede la possibilità di optare per un'altra legge regolatrice da scegliersi, però, in base a precise modalità e condizioni; queste ipotesi ricorrono in tema di legge regolatrice dei rapporti patrimoniali fra coniugi (art. 30) o in tema di successione (art. 46).

Nel caso della successione, ad esempio, mentre viene indicata come legge regolatrice quella nazionale del cuius si consente che egli possa optare per la legge della residenza ma a condizione che lo faccia con dichiarazione espressa in forma testamentarie. La norma precisa che nel caso di successione di un cittadino italiano la scelta non deve ledere i diritti dei legittimari residenti in Italia. Da come la norma è formulata è agevole ritenere che il legislatore si sia proposto di considerare la situazione del testatore italiano residente all'estero che, ignaro del fatto che la legge italiana vuole regolare la sua successione, testa probabilmente secondo le leggi del luogo in cui vive. Tenuto conto di questa situazione e venendo incontro all'esigenza di salvaguardare le volontà espresse nel testamento ecco che la legge italiana di riforma del dip ha consentito che la successione possa essere regolata da queste leggi ma ha posto alcuni paletti a questa possibilità, come la forma testamentaria e i diritti dei legittimari in Italia. Si capisce, allora, che il riconoscimento di questa alternativa *anche* al de cuius straniero che risieda in uno Stato diverso dal suo non ha alcun senso. Parlando di nazionalismo, Quadri diceva che esso è intransitivo e che non è applicabile anche agli altri.

Veniamo al rispetto per il diritto straniero su cui Quadri ha sempre insistito.

Nella legge italiana di riforma del dip le soluzioni che accolgono questo principio sono diverse e si hanno in tema di:

1. prova del diritto straniero, a proposito dell'obbligo per il giudice di acquisirne la conoscenza (art. 14);
2. interpretazione ed applicazione della legge straniera che deve avvenire secondo i suoi criteri (art. 15);
3. rinvio (art. 13).

Queste soluzioni esprimono la necessità di rispettare il dato normativo straniero, di evitare manipolazioni e di salvaguardare il rapporto tra quel dato e l'ambito spaziale/personale nel quale il legislatore straniero (e non noi) ha immaginato che deve operare.

Tra quelle ricordate, la più sintomatica è la previsione in tema di rinvio.

Pensate: il legislatore italiano non dice più che si deve applicare un certo diritto perché egli ha ritenuto che così deve essere dopo aver valutato che quella è la soluzione più giusta, equa ecc. ma, più, modestamente pensa che sarebbe giusto applicare una data legge; egli ammette, così, la possibilità di errore. Il legislatore concede, infatti, di andare oltre l'indicazione prospettata se così volesse l'ordinamento straniero che egli si è fatto carico di individuare.

Naturalmente molto altro ci sarebbe da dire su certe incongruenze nella disciplina del rinvio, che sembra alquanto pasticciata, ma non è questo il momento per farlo.

Per ultimo devo citare la categoria delle norme di applicazione necessaria che mi sembra di poter considerare la più grande rivincita della visione di Quadri. Questa categoria di norme, ormai codificata nei vari sistemi di dip, non è più contestata (oltre all'art. 17 della legge italiana sul dip, si consideri, ad esempio, l'art. 34 dell'EGBGB, l'art. 20 della legge belga sul dip del 2004, l'art. 3 della convenzione di Roma del 1980 sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali). In questa categoria di norme sono confluite le teorie sulle regole autolimitate, autolimitatrici o con apposito ambito di applicazione.

All'inizio della loro elaborazione queste norme incontrarono parecchie obiezioni. Erano considerate le pecore nere del sistema (questa fu l'espressione che adoperò per esse R. Quadri parlandomene). E sì! Contrastavano in maniera stridente con l'impostazione corrente.

Normalmente si partiva, e ancora si parte, dai fatti che, se presentano elementi di estraneità, sono rimessi alla valutazione delle norme di dip e, quindi, probabilmente al diritto straniero. Qui, invece, ci sono delle norme che pretendono di essere applicate, subito, direttamente, anche ai fatti con elementi di estraneità senza dovere attendere indicazioni da altre norme. Se si considera, è sconvolgente! Si scopre che le norme possono avere un ambito di applicazione che fissano esse stesse o che è ricavabile dalle loro finalità! In questo modo, il sistema di regole di dip bilaterali che parte dai fatti con elementi di estraneità per giungere alla legge regolatrice corre il rischio di saltare. Ora, come si possa conciliare un doppio regime che, con evidente ambiguità, punta da un lato sui fatti e, dall'altro, sulle norme resta un mistero.

Le norme di applicazione necessaria rappresentano un vulnus per la concezione bilaterale anche perché talvolta non sono bilateralizzabili neppure sul piano teorico, come, sotto un altro profilo, ho accennato prima.

Queste norme trovano frequente riscontro nella tecnica adoperata nel diritto privato comunitario in cui, assai spesso, la regolamentazione introdotta è completata da indicazioni sulla sua portata. In questo sistema, norme siffatte, che potremmo definire autolimitate, costituiscono la regola e non certo l'eccezione.

Per vero, anche nel diritto comunitario è ormai avviato, alla luce delle competenze del tit. IV, un processo di codificazione di regole generali di dip e potrebbe affermarsi, anche lì, la tendenza a formulare regole bilaterali, come è, d'altra parte, confermato dall'adozione del recente regolamento sulla legge regolatrice delle obbligazioni extracontrattuali (Roma II). Al riguardo va notato, intanto, come questo regolamento (reg. 864/2007), che pure dà indicazioni generali sull'applicazione delle norme, valide sia a favore del diritto degli Stati della comunità che di Stati extracomunitari, fa salva l'applicazione delle regole comunitarie di diritto privato nell'ambito della loro portata. Ma, soprattutto, va evidenziato che, in questi casi, l'atteggiamento da superlegislatore che si manifesta nel distribuire competenze legislative e nel dare indicazioni sul diritto applicabile, valide in tutte le direzioni, trova in un sistema sovraordinato una più valida giustificazione rispetto a quando è il legislatore interno ad assumere questo ruolo. Salvo un approfondimento di questi aspetti e dei risvolti cui può dare luogo l'opera di codificazione del dip in campo comunitario, rimane il dato fondamentale rappresentato dall'abituale ricorso alla tecnica di completare le normative introdotte con indicazioni sulla loro portata personale e/o spaziale. Questo dato è la riprova della indiscutibile validità e dell'esattezza delle intuizioni e delle idee di R. Quadri e costituisce un

ulteriore dato che lascia sperare sulla riconsiderazione e sulla rivalutazione del suo pensiero scientifico.

Emilio PAGANO