

TRATTATO NOTARILE

diretto da

FILIPPO PRETTE

VOLUME I

hanno collaborato:

Stefano Armellini, Tiro Ballarino, Bruno Barel, Giacomo Biagioni, Paolo Borghi,
Nerina Boschiero, Alessandra Cagnazzo, Alessandro Alessandrini Calisti,
Sergio M. Carbone, Gabriella Carella, Laura Carpaneto, Marina Castellaneta,
Matteo D'Auria, Saverio de Bellis, Raffaella Di Chio, Marcello Di Fabio,
Diomedea Falconio, Giuseppe Fauceglia, Luigi Fumagalli, Mariacarla Giorgetti,
Paola Ivaldi, Andrea La Martina, Alessandra Lanciotti, Eloisa Alessandra Luini,
Geo Magri, Fabrizio Marrella, Gaetano Petrelli, Giuseppina Pizzolante,
Ilaria Queirolo, Dario Ricolo, Margherita Salvadori, Francesco Spordone,
Lorenzo Schiano di Pepe, Francesco Seatzu, Giovanni Siola, Fabio Tierno,
Camillo Ungari Trasatti, Francesca Trombetta Panigadi, Chiara E. Tuo,
Antonino Vacirca, Ilaria Viarengo, Pasquale Visconti

TRATTATO NOTARILE

diretto da

FILIPPO PRETTE

ATTI NOTARILI DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

a cura di

FILIPPO PRETTE e ANTONIO GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE

VOLUME I

Diritto internazionale privato

UTET
GIUNTA EDITORIALE

UTET
GIUNTA EDITORIALE

© 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wklgiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza
da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di
riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qual-
siasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche),
sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere
effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di
periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso pre-
visto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941
n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso
non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commercia-
le, economico o professionale – e/o oltre il limite del
15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autoriz-
zazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108
- 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org e sito web
www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa
attenzione, non può comportare specifiche responsabilità
per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo

Redazione: Antonella Prandino

Editing: Gaia Graziano

Ufficio tecnico: Mario Cambria

Composizione: Finotello - Borgo San Dalmazzo (CN)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-0537-3

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	<i>pag. X</i>
Capitolo I Il diritto internazionale privato nelle preleggi (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo II I principi generali di diritto internazionale privato (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo III La funzione delle norme di diritto internazionale privato (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo IV Le fonti del diritto internazionale privato (<i>Margherita Schabert</i>)	1
1. Premessa: le regole interne di diritto internazionale privato	1
2. Le convenzioni internazionali	2
2.1. L'attività di coordinamento e armonizzazione	2
2.2. L'applicazione dei trattati internazionali in vigore per l'Italia	2
2.3. L'interpretazione delle convenzioni internazionali	2
3. La cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea	2
3.1. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia	2
3.2. Le competenze normative dell'Unione europea	2
Capitolo V Il richiamo o rinvio al diritto straniero (<i>Gabriella Carella e Giuseppina Pizzolante</i>)	3
1. La funzione di richiamo o rinvio ed il suo oggetto. Il richiamo delle norme di confitto straniero e le ripercussioni dell'accoglimento del rinvio sul sistema italiano di diritto internazionale privato	35

2. Le modalità e i limiti del richiamo di norme di conflitto straniere da parte delle norme localizzatrici del foro	pag. 41
3. Il rinvio <i>in favorem</i> delle norme di conflitto a carattere materiale	» 47
4. La pluralità dei metodi ed il declino della funzione di coordinamento del rinvio. Il presunto richiamo delle norme straniere sulla giurisdizione e il rinvio indiretto implicito	» 51
5. Il richiamo internazionale/privatistico di situazioni derivanti da atti di autorità pubbliche straniere	» 56

Capitolo VI Il problema delle qualificazioni (Verina Boschiero)

1. Considerazioni introduttive sulla specificità del problema della qualificazione nel diritto internazionale privato	» 61
2. (Segue). L'influenza delle caratteristiche peculiari delle norme di diritto internazionale privato sul problema della qualificazione	» 63
3. (Segue). Il "conflitto di qualificazione" alla luce di alcuni esempi classici	» 66
4. La soluzione tradizionale proposta dalla dottrina italiana: la distinzione in due fasi dell'operazione di qualificazione	» 69
5. Il sistema di qualificazione <i>lege fori</i> elaborato dall'Ago e ripreso dai Morelli	» 72
6. (Segue). Gli argomenti addotti dalla scuola italiana per rigettare le teorie della qualificazione <i>lege causae</i> e della qualificazione mediante il metodo comparatistico	» 75
7. (Segue). Il secondo momento della qualificazione: ovvero la scelta delle norme straniere concretamente applicabili al caso di specie, ed i criteri emendatici ad essa applicabili	» 79
8. La reazione dottrinale all'impostazione positivista della scuola italiana del problema della qualificazione. Il dibattito teorico sull'oggetto del diritto internazionale privato: fatti e rapporti della vita sociale, rapporti giuridici, norme materiali straniere, <i>questiones juris</i>	» 83
9. Sviluppi contemporanei sul tema delle qualificazioni	» 92
10. Conclusioni	» 98

Capitolo VIII I criteri di collegamento (Tito Ballarino)

1. Generalità	» 103
»	» 103

Capitolo VIII Lo straniero e la condizione di reciprocità (Fabrizio Marrella)

1. Introduzione	» 107
2. La reciprocità diplomatica, legislativa e di fatto	» 111
3. Fondamento e significato della "condizione di reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.	» 114
4. Dei limiti di fonte costituzionale alla "reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.	» 119
5. Dei nuovi limiti posti dalla disciplina italiana della immigrazione	» 122
6. La prova della sussistenza della condizione di reciprocità	» 124
7. Dei limiti di origine comunitaria (UE) ed inestratele	» 126

8. Reciprocità e persone giuridiche straniere	pag. 130
9. Costituzione e partecipazione di cittadini stranieri in società italiane	» 134
10. Conclusioni	» 136

Capitolo IX Ordine pubblico "internazionale" e norme di applicazione necessaria (Verina Boschiero)

1. Considerazioni introduttive	» 137
2. La dimensione "internazionale" dell'ordine pubblico nella giurisprudenza italiana e straniera	» 139
3. La funzione "positiva" dei principi di ordine pubblico a tutela di valori "assoluti" ed universali	» 157
4. L'"incero" confine tra l'eccezione di ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria	» 161

Capitolo X La lex mercatoria (Fabrizio Marrella)

1. Introduzione	» 169
2. Il significato oderno della nuova <i>lex mercatoria</i>	» 173
2.1. In particolare: gli usi del commercio internazionale	» 174
2.2. Dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali	» 176
3. Sull'esistenza e la diffusione della nuova <i>lex mercatoria</i>	» 182
3.1. La realtà	» 189
3.2. L'applicazione della <i>lex mercatoria</i> ad opera dell'arbitro internazionale	» 192
3.3. La posizione del giudice statale dinanzi alla <i>lex mercatoria</i>	» 194

Capitolo XI L'adattamento (Paola Iacchi e Lorenzo Schiano di Pepe)

SEZIONE PRIMA - L'ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE	» 201
1. Separazione e coordinamento nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno	» 201
2. Art. 117, I comma, Cost., e obbligo positivo di garantire attuazione ai trattati internazionali	» 205
3. Le tecniche di "adattamento" al diritto internazionale nell'esperienza italiana	» 209
4. L'adattamento al diritto internazionale generale	» 213
5. L'adattamento ai trattati internazionali	» 218
6. (Segue). Trattati internazionali e diritto interno	» 221
7. Adattamento ai trattati e ruolo delle Regioni	» 228
8. L'adattamento alle fonti di "terzo grado" (diverse da quelle dell'Unione europea)	» 231

SEZIONE SECONDA - L'ADATTAMENTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

9. Premessa	» 233
10. Applicabilità diretta ed efficacia diretta dei regolamenti dell'Unione europea	» 234
11. Gli effetti diretti delle norme patrizie e la giurisprudenza " <i>van Gend & Loos</i> "	» 235
12. L'efficacia diretta di altre fonti di diritto dell'Unione europea	» 237
13. Il "primato" del diritto dell'Unione europea sul diritto interno	» 240
14. L'efficacia "indiretta" del diritto dell'Unione europea	» 245

Capitolo XII Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato (Gastino Penelli) pag. 251

SEZIONE PRIMA - LE TECNICHE DI TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO	252
1. Il problema della tutela dei traffici giuridici in ambito internazionale	252
2. I metodi applicati ai fini della tutela dei traffici. Principio generale di tutela dell'affidamento ed impiego dell'analoga	258
3. L'opponibilità ai terzi di atti e situazioni giuridiche con elementi di estraneità, la legge regolatrice dell'opponibilità	269
4. (Segue). L'opponibilità ai terzi della caducazione degli effetti contrattuali, delle azioni recuperatorie e dell'azione di riduzione per lesione di legittima	281
5. (Segue). Le conseguenze dell'opponibilità sul piano internazionale	285
6. Le incapacità legali di agire dichiarate all'estero o regolate da leggi straniere; pubblicità e tutela dell'affidamento	289
7. La rappresentanza volontaria in ambito internazionale	294
8. La tutela dell'affidamento, l'apparenza e la pubblicità legale; osservazioni conclusive sul rispetto ambito di applicazione	296

SEZIONE SECONDA - LA PUBBLICITÀ LEGALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

9. La qualificazione della categoria "pubblicità legale" in diritto internazionale privato. Unicità e pluralità della relativa disciplina	299
10. L'autorità internazionalmente competente per l'attuazione della pubblicità legale	304
11. Il criterio di collegamento ai fini della determinazione della legge applicabile alla pubblicità legale; l'ambito di applicazione della legge competente	308
12. Il mutamento nel tempo del fattore di collegamento della pubblicità legale (<i>conflict mobilis</i>)	316
13. La disciplina dei titoli soggetti a pubblicità provenienti dall'estero, e il controllo notarile di legittimità: il principio di equivalenza ed i suoi limiti	318
14. I controlli di legittimità ad opera del conservatore dei pubblici registri in rapporto alle situazioni con elementi di estraneità	322
15. La tipicità delle fattispecie soggette a pubblicità legale, gli istituti provenienti da altri ordinamenti e sconosciuti all'ordinamento del foro, e la tecnica dell'adattamento	325
16. Il problema dell'efficacia extraterritoriale della pubblicità legale eseguita all'estero	327
17. Il problema del conflitto tra più pubblicità eseguite in Stati diversi	334
18. La giurisdizione per le controversie in materia di pubblicità legale	336
SEZIONE TERZA - LA DISCIPLINA DELLE SINGOLE PUBBLICITÀ LEGALI	340
19. La pubblicità immobiliare	340
20. La pubblicità riguardante i beni mobili	346
21. La pubblicità riguardante i beni immateriali	352
22. L'iscrizione nel registro delle imprese; in particolare, la pubblicità legale riguardante le società straniere ed i relativi poteri di rappresentanza	355
23. La pubblicità delle procedure concorsuali transnazionali	371

24. La pubblicità del <i>trust</i>	385
25. La pubblicità legale in materia di successioni <i>mortis causa aperta</i> all'estero, o regolate da leggi straniere	398
26. La disciplina internazionale/privatistica della pubblicità nei registri di stato civile	404
27. La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia stranieri	408
28. La pubblicità delle convenienze registrate all'estero	423

Capitolo XIII La rappresentanza volontaria (Margherita Salvadori)

1. La legge di riforma del diritto internazionale privato italiano	427
2. La legge applicabile alla rappresentanza volontaria. Il luogo di residenza del rappresentante	428
3. La legge regolatrice della forma dell'atto di conferimento	430
4. Altre fonti normative	431
5. Il regolamento "Roma I"	434

Legge 31 maggio 1995, n. 218

Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato

TITOLO I DISPOSIZIONI GENERALI	439
Art. 1 - Oggetto della legge (Chiara E. Tuo)	439
1. La struttura della legge 31 maggio 1995, n. 218	439
2. Le ragioni della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato	442
3. Le principali novità introdotte dalla riforma	444
4. L'attribuzione alla Comunità (oggi Unione) europea di competenze in materia di diritto internazionale privato e processuale	445
5. Il coordinamento della legge 31 maggio 1995, n. 218, con le misure di diritto dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato e processuale e il suo residuo ambito applicativo	453

Art. 2 - Convenzioni internazionali (Sergio M. Carbono e Paola Inaldi)

1. Il significato del rinvio "generale" alle convenzioni internazionali disposto dalla Part. 2	461
2. (Segue). Il coordinamento della legge 31 maggio 1995, n. 218, con le convenzioni di diritto materiale uniforme	462
3. Il ruolo ancora attuale del giudice comune a garanzia del rispetto delle convenzioni internazionali nelle materie disciplinate dalla legge 31 maggio 1995, n. 218	464
4. L'interpretazione delle convenzioni internazionali	467
5. Le altre fonti "esterne" in materia di diritto internazionale privato: in particolare, i regolamenti dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia	470

Titolo II GIURISDIZIONE ITALIANA	pag. 474
Art. 3 - Ambito della giurisdizione (<i>Martina Castellana</i>)	» 474
1. Il rapporto tra l'art. 3 e determinati atti internazionali in materia di giurisdizione	» 474
2. I titoli generali di radicamento della competenza giurisdizionale del giudice italiano contenuti nell'art. 3	» 477
Art. 4 - Accettazione e deroga della giurisdizione (<i>Sergio M. Carbone e Maria Queirolo</i>)	» 482
1. La concezione pubblicistica e il suo superamento	» 482
2. La volontà delle parti quale titolo di giurisdizione	» 486
3. La "prova per iscritto" delle clausole di proroga della giurisdizione ed i parametri valutativi rilevanti al riguardo nell'ordinamento italiano	» 488
4. (<i>Segue</i>). La deroga alla giurisdizione <i>per facta concludentia</i> ed il superamento della c.d. <i>relatio perfecta</i> . L'esigenza di accettare una "inequivoca volontà" delle parti di sottrarre la controversia al giudice italiano: dalla forma dell'atto alla forma della prova	» 490
5. La necessaria correlazione tra effetto derogatorio ed effetto attributivo della giurisdizione	» 493
6. La deroga alla giurisdizione italiana e la sua inoperatività ai soli diritti che rientrano nella disponibilità delle parti	» 494
7. La buona fede nella deroga alla giurisdizione e l'ammissibilità delle tecniche più varie ed adeguate al fine di consentire la scelta del giudice straniero. L'esigenza di indicare i casi in cui la proroga a favore di uno specifico giudice straniero è "esclusiva"	» 498
8. Il momento temporale di designazione del giudice e dell'arbitro straniero: l'esigenza di interpretare il principio della c.d. <i>perpetuatio jurisdictionis</i> in senso restrittivo	» 499
9. L'accettazione tacita della giurisdizione italiana. La rilevanza del primo atto difensivo ed il coordinamento dell'art. 11 con l'art. 4, I comma della legge 31 maggio 1995, n. 218, nel senso della prevalenza di quest'ultimo	» 501
Art. 5 - Azioni reali relative ad immobili siti all'estero (<i>Martina Castellana</i>)	» 502
1. Generalità	» 502
Art. 6 - Questioni preliminari (<i>Giuseppe Biagini</i>)	» 504
1. Il problema delle questioni preliminari	» 504
2. «Questioni la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta»	» 505
3. «Questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana»: la differenza con le norme sulla concessione attributiva	» 507
4. Il campo di applicazione dell'art. 6	» 508
5. La cognizione incidentale e il coordinamento con l'art. 34 c.p.c.	» 508
6. Il rapporto con le norme sul riconoscimento delle decisioni e con l'art. 7, III comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 509

X

Art. 7 - Pendenza di un processo straniero (<i>Margherita Salottori</i>)	pag. 511
1. L'ispendenza internazionale: nozione	» 511
2. La determinazione temporale della l'ispendenza	» 514
3. L'applicazione giurisprudenziale dell'istituto	» 515
4. La pregiudizialità del processo straniero	» 517
Art. 8 - Momento determinante della giurisdizione (<i>Martina Castellana</i>)	» 519
1. Generalità	» 519
Art. 9 - Giurisdizione volontaria (<i>Francesco Sestini</i>)	» 522
1. La discutibile scelta del legislatore della riforma di introdurre una disciplina speciale sulla volontaria giurisdizione	» 522
2. La necessità di procedere ad una qualificazione <i>ex lege fori</i> della nozione di giurisdizione volontaria	» 524
3. L'ambito di applicazione tendenzialmente residuale dell'art. 9	» 531
4. La competenza territoriale quale criterio giurisdizionale ai sensi dell'art. 9	» 533
5. Il criterio della corrispondenza tra <i>forum</i> e <i>ius</i> nella materia della giurisdizione volontaria	» 535
6. I criteri della residenza e della cittadinanza della persona a cui si riferisce il provvedimento	» 537
Art. 10 - Materia cautelare (<i>Mariacarla Giorgetti</i>)	» 540
1. La giurisdizione italiana	» 540
2. Ambito di applicazione del procedimento cautelare	» 542
3. Competenza e giurisdizione	» 546
4. La domanda cautelare	» 553
5. Il procedimento cautelare	» 555
6. Il provvedimento	» 558
Art. 11 - Rilevabilità del difetto di giurisdizione (<i>Martina Castellana</i>)	» 563
1. Generalità	» 564
Art. 12 - Legge regolatrice del processo (<i>Martina Castellana</i>)	» 570
1. Generalità	» 570
Titolo III DIRITTO APPLICABILE	» 572
Capo I Disposizioni generali	» 572
Art. 13 - Rinvio (<i>Tito Ballarín</i>)	» 572
1. Premessa	» 572
2. Origine del rinvio	» 573

XI

3. Argomenti pro e contro	pag. 576
4. Convenzioni internazionali	» 578
5. Portata dell'art. 13, I comma	» 579
6. Eccezioni al rinvio	» 580
Art. 14 - Conoscenza della legge straniera applicabile	
(<i>Sergio M. Carbono e Paola Ivaldi</i>)	» 582
1. L'art. 14: il principio <i>favor aliena novis curia</i> e la connessa questione del carattere cogente delle norme di conflitto	» 583
2. (<i>Segne</i>) L'obbligo per il giudice di rilevare <i>ex officio</i> il carattere di "internazionalità" inerente al rapporto controverso	» 585
3. La "forza espansiva" del principio enunciato dall'art. 14 con riferimento al sistema italiano di diritto internazionale privato	» 587
4. Il trattamento processuale del diritto straniero: la soluzione accolta dall'art. 14 e la prassi applicativa	» 590
5. I mezzi di rilevanza del diritto straniero e le conseguenze del suo mancato accertamento	» 593
6. Comportamento processuale delle parti e (limitate) ipotesi di sua incidenza sull'applicazione del diritto straniero	» 597
7. Condizioni e limiti alla parità di trattamento tra diritto nazionale e diritto straniero	» 598
8. Casi residuali nei quali il diritto straniero rileva alla stregua di una <i>quasiio facti</i>	» 600
Art. 15 - Interpretazione ed applicazione della legge straniera	
(<i>Sergio M. Carbono e Paola Ivaldi</i>)	» 603
1. L'art. 15 e l'interpretazione "normativa" del diritto straniero	» 603
2. La stretta correlazione tra il momento dell'accertamento e quello dell'interpretazione: la ricerca del diritto straniero nella dimensione in cui si fa "diritto vivente"	» 605
3. Il controllo di costituzionalità del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto	» 608
4. Il rilievo delle norme straniere di diritto inintertemporale	» 611
Art. 16 - Ordine pubblico (<i>Dario Ricolo</i>)	
» 614	» 614
1. Note introduttive	» 614
2. Dalle preleggi agli artt. 16 e 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 615
3. Una nozione "cangiante"	» 620
3.1. L'ordine pubblico nei diversi settori del diritto	» 621
3.2. L'ordine pubblico nel diritto internazionale privato. Contenuto	» 622
3.3. L'ordine pubblico nel diritto internazionale privato. Funzionamento	» 630
Art. 17 - Norme di applicazione necessaria (<i>Dario Ricolo</i>)	
» 634	» 634
1. Ordine pubblico e norme di applicazione necessaria	» 634
Art. 18 - Ordinamenti plurilegislativi (<i>Sergio M. Carbono e Chiara E. Tuo</i>) .. pag. 642	
1. Il problema internazionale/privatistico del richiamo di ordinamenti plurilegislativi: soluzioni a confronto	» 642
2. (<i>Segne</i>) La soluzione accolta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218	» 645
3. L'applicazione del criterio del collegamento più stretto	» 649
4. L'art. 18 nel sistema delineato dalla legge 31 maggio 1995, n. 218: in particolare, il suo coordinamento con gli artt. 13, 14 e 19	» 651
Art. 19 - Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze	
(<i>Martina Castellanza</i>)	» 653
1. La norma di funzionamento nei casi di applicazione del criterio di collegamento della cittadinanza	» 653
2. La soluzione fornita per apolidi e rifugiati	» 655
3. I casi di doppia e plurima cittadinanza	» 658
4. La prevalenza della cittadinanza italiana e i dubbi di comparabilità con il Trattato UE	» 659
5. Il rapporto tra art. 19 e altre norme di conflitto	» 662
Capo II Capacità e diritti delle persone fisiche	
» 664	» 664
Art. 20 - Capacità giuridica delle persone fisiche	
(<i>Diomedede Falconio e Giovanni Sola</i>)	» 665
1. Prenessa	» 665
Art. 21 - Commorientenza (<i>Diomedede Falconio e Giovanni Sola</i>)	
» 671	» 671
1. Generalità	» 671
Art. 22 - Scomparsa, assenza e morte presunta	
(<i>Diomedede Falconio e Giovanni Sola</i>)	» 674
1. Generalità	» 674
Art. 23 - Capacità di agire delle persone fisiche	
(<i>Franzisco Sbordone e Giovanni Sola</i>)	» 678
1. Generalità	» 678
Art. 24 - Diritti della personalità	
(<i>Franzisco Sbordone e Giovanni Sola</i>)	» 690
1. Generalità	» 690
Capo III Persone giuridiche	
» 701	» 701
Art. 25 - Società ed altri enti (<i>Matteo Diarida</i>)	
» 701	» 701
1. I presupposti normativi persone giuridiche (e non solo)	» 702

2. Il riconoscimento delle persone giuridiche straniere ai fini dell'applicazione del trattamento concorrentemente riservato dall'ordinamento agli enti ad esso estranei ed il criterio di collegamento: la normativa che immagina il futuro	pag.	705
3. Il problema del riconoscimento delle "società straniere" ed i criteri di collegamento esistenti in applicazione dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, previsti per ogni "entità"; una storia lunga e tortuosa: alla ricerca - nel tempo - di una disciplina unitaria	»	715
4. Le fusioni transfrontaliere: strumento di aggramento delle normative di settore o strumento di effettiva competitività?	»	730

Capo IV Rapporti di famiglia

Art. 26 - Promessa di matrimonio (<i>Maria Querobò</i>)	»	736
1. La promessa di matrimonio nel diritto internazionale privato italiano	»	736
2. I criteri di collegamento impiegati nella norma: il rinvio alla <i>lex fori</i>	»	739
3. L'ordine pubblico	»	744

Art. 27 - Condizioni per contrarre matrimonio (*Maria Querobò*)

1. L'ambito di applicazione: matrimonio del cittadino italiano all'estero	»	749
2. (<i>Segue</i>). Il matrimonio del cittadino straniero in Italia	»	755
3. Il rinvio all'ordinamento competente e l'accertamento dello stato libero	»	760
4. Il limite dell'ordine pubblico: le unioni omosessuali	»	763

Art. 28 - Forma del matrimonio (*Maria Querobò*)

1. I criteri di collegamento: il <i>favor validitatis</i>	»	770
2. Il matrimonio contratto all'estero: matrimonio per procura e matrimonio per telefono	»	775
3. Il matrimonio religioso	»	781

Art. 29 - Rapporti personali tra coniugi (*Alessandra Caprazzoso*)

1. Il criterio della legge nazionale comune	»	785
2. Il criterio della legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata	»	787

Art. 30 - Rapporti patrimoniali tra coniugi (*Maria Varrago*)

1. L'ambito di applicazione	»	789
2. Problemi relativi all'individuazione della legge applicabile in assenza di scelta delle parti: doppia cittadinanza dei coniugi e determinazione della "localizzazione prevalente della vita matrimoniale"	»	794
3. (<i>Segue</i>). L'incidenza del rinvio	»	797
4. L'accordo di scelta della legge regolatrice	»	798
5. L'ambito di operatività della <i>lex voluntatis</i> : il limite dell'ordine pubblico e i rapporti con l'art. 161 c.c.	»	803

6. L'incidenza del fattore tempo sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali	pag.	805
7. La questione dell'opponibilità del regime ai terzi	»	807
8. Verso nuove norme	»	811

Art. 31 - Separazione personale e scioglimento del matrimonio

(<i>Maria Querobò</i>)	»	812
1. Il rilievo dell'art. 18 delle preleggi al codice civile: il criterio della legge nazionale del marito	»	812
2. I criteri di collegamento impiegati nell'art. 31: la cittadinanza comune	»	816
3. (<i>Segue</i>). La prevalente localizzazione della vita matrimoniale	»	820
4. Il rilievo della <i>lex fori</i>	»	821
5. La proposta di cooperazione rafforzata e la sua ricaduta sulla legge interna	»	826
6. (<i>Segue</i>). I criteri di collegamento e il loro impatto sulla disciplina italiana	»	832

Art. 32 - Giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio (*Maria Querobò*)

1. I titoli di giurisdizione impiegati nella norma	»	838
2. Giurisdizione italiana e riconoscimento delle sentenze straniere	»	844
3. Il rilievo della normativa comunitaria e l'applicazione "essiduale" della <i>lex fori</i>	»	849

Art. 33 - Filiazione (*Laura Campanato*)

1. I caratteri distintivi della disciplina internazionale/privatistica in materia di filiazione	»	855
2. (<i>Segue</i>). Le norme di conflitto relative al momento costitutivo della filiazione (artt. 33, 34, 35) e le considerazioni di carattere "materiale"	»	863
3. Il coordinamento delle norme interne con il diritto dell'Unione europea e con le convenzioni di diritto internazionale privato in materia di filiazione	»	867
4. La disciplina dello <i>status</i> di figlio e di figlio legittimo contenuta nell'art. 33	»	871

Art. 34 - Legittimazione (*Laura Campanato*)

1. La filiazione legittimata. La legge applicabile alla legittimazione per susseguente matrimonio	»	875
2. La legge applicabile alle altre ipotesi di legittimazione	»	878
3. La legge applicabile alla forma e alla contestazione della legittimazione	»	879

Art. 35 - Riconoscimento di figlio naturale (*Laura Campanato*)

1. L'ambito di applicazione dell'art. 35. La legge applicabile alle "condizioni" di riconoscimento	»	885
2. (<i>Segue</i>). La legge applicabile alla capacità ed alla forma del riconoscimento	»	889
3. L'applicazione del limite dell'ordine pubblico alle fattispecie di riconoscimento del figlio naturale	»	891

Art. 36 - Rapporti tra genitori e figli (Maria Queirolo e Laura Carpaneto) pag. 913

1. Il criterio di collegamento della nazionalità del figlio nell'individuazione della legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli » 914
2. Ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 36. I rapporti personali tra genitori e figli » 918
3. (Segue) I rapporti patrimoniali tra genitori e figli » 924

Art. 37 - Giurisdizione in materia di filiazione (Maria Queirolo e Laura Carpaneto) » 928

1. La giurisdizione in materia di filiazione: note introduttive » 928
2. Ambito di applicazione *ratione materiae*: il problema dei rapporti patrimoniali tra genitori e figli » 931
3. I rapporti personali tra genitori e figli: Il Regolamento "Bruxelles II" e l'ambito di applicazione residuale dell'art. 37 e dell'art. 42 della legge 31 maggio 1995, n. 218 » 936
4. (Segue) La Convenzione dell'Aja del 1996 » 941

Capo V Adozione » 948

Art. 38 - Adozione (Alessandra Lanzotti) » 948

1. La disciplina internazionale privata della adozione introdotta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 » 948
2. L'ambito di applicazione del diritto materiale del foro. La disciplina delle adozioni internazionali con effetti legittimanti » 955
3. La preminenza accordata alla *lex fori* e le norme di applicazione necessaria in materia di adozione » 959
4. Il richiamo del diritto straniero: la legge applicabile all'adozione non legittimante di minori e di maggiorenni » 961
5. Il concorso successivo di criteri di collegamento previsto dall'art. 38 » 963
6. Il criterio di collegamento della cittadinanza dell'adorante e i limiti entro cui è possibile il richiamo di legislazioni straniere che consentono l'adozione in favore di persone singole » 966
7. La disciplina dei consensi. La legge applicabile al consenso dell'adorando maggiore d'età » 971
8. La revoca dell'adozione » 974
9. Il rinvio » 976
10. Il richiamo del diritto straniero e il limite dell'ordine pubblico » 977

Art. 39 - Rapporto fra adottato e famiglia adottiva (Alessandra Lanzotti) » 984

1. La disciplina internazionale privata statistica dei rapporti personali e patrimoniali tra adottato e gli adottanti » 984
2. L'ambito di applicazione dell'art. 39 della legge regolatrice degli effetti dell'adozione » 986
3. L'acquisto della cittadinanza e del nome dell'adorante » 988

Art. 40 - Giurisdizione in materia di adozione (Saverio de Bellis) pag. 992

1. Ambito di applicazione » 992
2. I criteri di giurisdizione utilizzati » 993
3. Il caso particolare della giurisdizione in materia di obbligazioni alimentari derivanti da adozione » 995

Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione (Saverio de Bellis) » 996

1. Il quadro normativo del riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione » 996
2. Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione legittimante. La conversione dell'adozione straniera in adozione legittimante » 998
3. Il riconoscimento del provvedimento straniero in tema di adozione semplice » 1000
4. Il particolare riconoscimento del provvedimento straniero in tema di adozione da parte di cittadini italiani residenti all'estero da almeno due anni » 1001
5. Il riconoscimento dell'adozione da parte di *single* e della *kafala* islamica » 1003

Capo VI Protezione degli incapaci e obblighi alimentari » 1008

Art. 42 - Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori (Fabio Terno) » 1008

1. Introduzione ed ambito di applicazione » 1008
2. Disciplina » 1010
3. Ipotesi di applicazione della legge italiana: a) cittadino italiano residente all'estero; b) cittadino straniero residente in Italia; provvedimenti ai sensi dell'art. 1 e 2; c) cittadino straniero residente in Italia; provvedimenti ai sensi dell'art. 6; d) minore cittadino straniero, non residente in Italia, che si trova sul territorio italiano » 1012

Art. 43 - Protezione dei maggiori d'età (Fabio Terno) » 1013

1. Disciplina » 1013
2. Soggetti » 1014
3. Organi giurisdizionali » 1016

Art. 44 - Giurisdizione in materia di protezione dei maggiori d'età (Fabio Terno) » 1018

1. Le ipotesi di giurisdizione previste dal I comma » 1018
2. La giurisdizione sussidiaria del II comma » 1019

Art. 45 - Obbligazioni alimentari nella famiglia (Alessandra Cognuzzo) » 1022

1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia: Premessa » 1022
2. Criteri di individuazione della legge applicabile » 1027

3. Il rinvio "in ogni caso" dell'art. 45 della legge 31 maggio 1995, n. 218, alla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari"	pag. 1029
4. Le riserve	» 1030
5. Coordinamento della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari" con la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali". Rilevanza notarile	» 1032
Capo VII Successioni	
» 1037	
» 1037	
Art. 46 - Successione per causa di morte (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1037
1. La legge regolatrice delle successioni. L'unità della successione e il criterio della nazionalità del <i>de cuius</i>	» 1037
2. Ordinamenti plurilegislativi	» 1040
3. Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze	» 1040
4. Il rinvio	» 1042
5. La <i>professio iuris</i>	» 1044
6. La validità della <i>professio iuris</i> straniera	» 1047
7. La successione del musulmano poligamo	» 1048
8. Le materie rientranti nello Statuto successorio e il progetto di regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile alle successioni	» 1050
9. La divisione ereditaria	» 1051
Art. 47 - Capacità di testare (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1054
1. Generalità	» 1054
Art. 48 - Forma del testamento (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1055
1. Generalità	» 1055
Art. 49 - Successione dello Stato (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1057
1. Generalità	» 1057
Art. 50 - Giurisdizione in materia successoria (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1058
1. Generalità	» 1058
Capo VIII Diritti reali	
» 1060	
Art. 51 - Possesso e diritti reali (Antonino Vaccica)	» 1060
1. La qualificazione dei diritti reali ed il principio della <i>lex rei sitae</i>	» 1060
2. L'acquisto, la perdita dei diritti reali e limiti all'applicazione della <i>lex rei sitae</i> ..	» 1062
3. Il c.d. conflitto mobile	» 1064

Art. 52 - Diritti reali su beni in transito (Antonino Vaccica)	pag. 1065
1. Generalità	» 1065
Art. 53 - Usucapione di beni mobili (Antonino Vaccica)	» 1067
1. Generalità	» 1067
Art. 54 - Diritti su beni immateriali (Antonino Vaccica)	» 1070
1. Il criterio di collegamento alla legge dello Stato di utilizzazione	» 1070
2. Limiti di applicabilità della norma	» 1071
Art. 55 - Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali (Antonino Vaccica)	» 1073
1. Generalità	» 1073
Capo IX Donazioni	
» 1076	
Art. 56 - Donazioni (Camillo Ungari Trassatti)	» 1076
1. Generalità	» 1076
2. La legge sostanziale applicabile secondo i criteri dell'art. 56	» 1077
3. Il regolamento 17 giugno 2008, n. 593 ("Roma I ² "): individuazione delle donazioni che rientrano nel relativo ambito applicativo e delle donazioni che vi sono estranee	» 1080
4. Le donazioni soggette alla legge 31 maggio 1995, n. 218: aspetti regolati dall'art. 56 e dalle altre sue norme di conflitto	» 1083
5. (<i>Segue</i>). La forma	» 1086
Capo X Obbligazioni contrattuali	
» 1087	
Art. 57 - Obbligazioni contrattuali (Matteo D'Auria)	» 1087
1. Il contratto internazionale, la legge 31 maggio 1995, n. 218, ed il rinvio alla Convenzione di Roma del 1980	» 1087
2. La Convenzione di Roma del 1980, il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 e la scelta delle parti sulla normativa applicabile: evoluzione e conferma del criterio	» 1091
3. I caratteri della scelta delle parti effettuata sulla normativa applicabile ed il caso contrario: la Convenzione di Roma del 1980 ed il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 (il vecchio ed il nuovo a confronto)	» 1098
4. Il caso contrario della mancanza di scelta: la Convenzione di Roma del 1980 ed il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 (il vecchio ed il nuovo a confronto)	» 1103

Capo XI	Obbligazioni non contrattuali	pag. 1107
Art. 58 - Promessa unilaterale	<i>(Francesca Trombetta Panigadi e Elisia Alessandra Luvini)</i>	» 1107
1.	La legge regolatrice della promessa unilaterale secondo l'art. 58 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1107
2.	L'ambito di applicazione dell'art. 58: problemi di qualificazione. Il coordinamento con la convenzione di Roma del 1980 e con il regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali	» 1108
3.	<i>(Segue)</i> . La nozione autonoma di "obbligazioni contrattuali" ai sensi della convenzione di Roma e del regolamento CE n. 593/2008 e la presunta riconducibilità in tale nozione di alcuni profili della materia in esame	» 1111
4.	La disciplina internazionalprivatistica delle promesse unilaterali di cui all'art. 58 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1115
5.	La disciplina della sostanza, della forma e della capacità di promettere	» 1119
6.	Inoperatività del meccanismo del rinvio	» 1119
7.	Le fattispecie di promesse unilaterali escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 58	» 1120
8.	Conclusioni	» 1121
Art. 59 - Titoli di credito	<i>(Giuseppe Favocchia)</i>	» 1134
1.	Profili introduttivi	» 1135
2.	La cambiale e l'assegno	» 1138
3.	Gli altri titoli di credito	» 1142
Art. 60 - Rappresentanza volontaria	<i>(Paquolino Visconti)</i>	» 1147
1.	Inquadramento generale dell'istituto della rappresentanza: brevi cenni	» 1148
2.	La rappresentanza volontaria nel sistema normativo del diritto internazionale privato anteriore alla riforma del 1995	» 1150
3.	Disciplina normativa introdotta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 ("La Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato")	» 1151
4.	Adempimenti necessari per l'utilizzabilità in Italia della procura rogata o autenticata all'estero	» 1154
5.	Ruolo e responsabilità del notaio	» 1157
Art. 61 - Obbligazioni nascenti dalla legge	<i>(Stefano Armellini e Bruno Bari)</i>	» 1160
1.	La disciplina di conflitto dell'art. 61, legge 31 maggio 1995, n. 218: suo carattere residuale	» 1160
2.	La disciplina di conflitto delle obbligazioni <i>ex lege</i> prima della riforma del 1995	» 1164
3.	Ambito di applicazione della disciplina di conflitto dell'art. 61 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1166
4.	La gestione di affari	» 1170
5.	L'arricchimento senza causa	» 1172
6.	Il pagamento dell'indebitto	» 1177
7.	Le altre obbligazioni legali non diversamente regolate	» 1180
8.	Il criterio di collegamento e la legge applicabile	» 1180
9.	Esclusione del rinvio	» 1183
Art. 62 - Responsabilità per fatto illecito	<i>(Andrea La Marina)</i>	pag. 1184
1.	Ambito di applicazione dell'art. 62 e residuarità della sua disciplina rispetto al Regolamento n. 864/2007/CE (c.d. "Roma II")	» 1185
2.	Il criterio di collegamento del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso (I comma, prima parte)	» 1188
3.	L'opzione del danneggiato in favore dell'applicazione della legge del luogo ove si è verificato il fatto che ha generato il danno (I comma, II parte)	» 1192
4.	<i>(Segue)</i> . Termini e modalità per l'esercizio dell'opzione del danneggiato	» 1194
5.	Il criterio di collegamento dello Stato di cittadinanza e residenza comune a tutti i soggetti coinvolti nel fatto illecito (II comma)	» 1197
6.	Illeciti a mezzo Internet: un difficile banco di prova per i criteri di collegamento di cui all'art. 62	» 1199
7.	Ambito di applicazione della legge individualata in base ai criteri di collegamento di cui all'art. 62: rilevanza e ratio dell'esclusione del rinvio nella materia della responsabilità civile	» 1202
Art. 63 - Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto	<i>(Paolo Borghi)</i>	» 1205
1.	Le esigenze (non solo giuridiche) da cui nasce la disciplina	» 1206
2.	La normativa comunitaria, e la sua attuazione in Italia: profili generali	» 1209
3.	Il c.d. rischio da sviluppo, la relativa armonizzazione parziale, e possibili implicazioni di diritto internazionale privato. Altre conseguenze collegate all'elemento temporale	» 1213
4.	La nozione di produttore e di prodotto	» 1218
5.	La nozione di difetto	» 1225
6.	La natura giuridica della responsabilità, la nozione di danno risarcibile e i limiti del risarcimento	» 1231
7.	La disciplina italiana di diritto internazionale privato, prima del regolamento "Roma II"	» 1237
8.	La disciplina di diritto internazionale privato della responsabilità da prodotto, dopo il regolamento "Roma II" (con riferimenti alla Convenzione dell'Aja del 1973)	» 1243
TITOLO IV - EFFICACIA DI SENTENZE ED ATTI STRANIERI	» 1258
Art. 64 - Riconoscimento di sentenze straniere	<i>(Gabriella Carvella e Raffaella Di Chio)</i>	» 1258
1.	Il regime del riconoscimento automatico degli effetti sostanziali di giudizio ed il diritto all' <i>exequatur</i> nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	» 1259
2.	L'ambito di applicazione dell'art. 64 e i rapporti con le fonti internazionali e dell'Unione	» 1263
3.	La nozione di sentenza straniera e la competenza internazionale del giudice straniero	» 1268
4.	Gli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 64	» 1272
5.	L'ordine pubblico	» 1280

Art. 65 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri (<i>Gabriella Carella e Raffaella Di Chio</i>)	pag. 1287
Art. 66 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria (Gabriella Carella e Raffaella Di Chio)	» 1287
1. L'art. 65 e il richiamo internazionale/privatistico di situazioni derivanti da atti di autorità pubbliche straniere	» 1288
2. L'art. 65 come norma di conflitto che applica il metodo del riferimento all'ordinamento competente. Problemi attuativi della norma nella individuazione dell'ordinamento di riferimento	» 1290
3. Natura giuridica dell'art. 66 e parziale estensione delle conclusioni raggiunte per l'art. 65	» 1295
4. Ambito di applicazione dell'art. 66 e rapporti con l'art. 67	» 1297
Art. 67 - Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento (Gabriella Carella)	» 1301
1. Ambito di applicazione e presupposti del procedimento di cui all'art. 67	» 1301
2. Natura giuridica, avvio e svolgimento del procedimento	» 1307
Art. 68 - Attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero (<i>Marcello Di Fabio</i>)	» 1309
1. Ambito di applicazione della norma	» 1309
2. L'accertamento giudiziario dei requisiti	» 1311
3. L'oggetto dell'accertamento: gli atti pubblici	» 1313
4. Legittimazione e traduzione	» 1315
5. Deposito dell'atto presso l'Archivio notarile o un notaio esercente	» 1316
6. Osservanza di normative comunitarie e di altre convenzioni internazionali	» 1317
7. Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati	» 1319
Art. 69 - Assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri (<i>Luigi Fumagalli</i>)	» 1320
1. Il quadro normativo complessivo	» 1321
2. La connotazione pubblicistica dell'attività di assistenza giudiziaria in materia istruttoria	» 1323
3. L'autorizzazione all'esecuzione della rogatoria	» 1323
4. L'organo competente all'assunzione della prova	» 1325
5. Le forme di esecuzione	» 1327
6. Gli atti istruttori eseguibili in Italia	» 1328
7. I limiti all'esecuzione della rogatoria	» 1329
8. L'assistenza giudiziaria passiva	» 1331
9. Brevi cenni al sistema della convenzione dell'Aja del 1970	» 1332
10. Brevi cenni al sistema del regolamento (CE) n. 1206/2001	» 1332

Art. 70 - Esecuzione richiesta in via diplomatica (Luigi Fumagalli)	pag. 1333
1. La posizione sistemática	» 1333
2. La via diplomatica	» 1334
3. La disciplina recata	» 1335
Art. 71 - Notificazione di atti di autorità straniere (Luigi Fumagalli)	» 1336
1. Il quadro normativo complessivo	» 1336
2. L'autorizzazione del pubblico ministero	» 1337
3. La sfera di applicazione della norma	» 1339
4. Le forme di esecuzione della notificazione	» 1340
5. Brevi cenni al sistema della convenzione dell'Aja del 1965	» 1342
6. Brevi cenni al sistema del regolamento (CE) n. 1393/2007	» 1343

TITOLO V DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI	» 1345
Art. 72 - Disposizioni transitorie (Geo Maggi)	» 1345
1. Premessa	» 1345
2. Le disposizioni in materia giurisdizionale	» 1347
Art. 73 - Abrogazione di norme incompatibili (Geo Maggi)	» 1347
1. Premessa	» 1348
2. Gli artt. 17-31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile	» 1349
3. La mancata abrogazione dell'art. 16 e la condizione di reciprocità	» 1350
Art. 74 - Entrata in vigore (Geo Maggi)	» 1355
1. Generalità	» 1355

LO STRANIERO E LA CONDIZIONE DI RECIPROCIITÀ

di
Fabrizio Marrella¹

SOMMARIO. - 1. Introduzione. - 2. La reciprocità diplomatica, legislativa e di fatto. - 3. Fondamento e significato della "condizione di reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. - 4. Dei limiti di fonte costituzionale alla "reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. - 5. Dei nuovi limiti posti dalla disciplina italiana della immigrazione. - 6. La prova della sussistenza della condizione di reciprocità. - 7. Dei limiti di origine comunitaria (UE) ed interstatale. - 8. Reciprocità e persone giuridiche straniere. - 9. Costituzione e partecipazione di cittadini stranieri in società italiane. - 10. Conclusioni.

1. Introduzione.

A norma dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano: «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salvo le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere».

A distanza di oltre mezzo secolo dalla sua statuzione, il campo di applicazione di questa norma risulta assai controverso² a causa delle problematiche

¹ Professore di Diritto del commercio internazionale nell'Università "Ca' Foscari" di Venezia.

² In argomento è opportuno consultare congiuntamente sia gli scritti ove è più accentuata la dimensione internazionalepubblicistica che quelli di matrice più internazionalprivatistica. Tra i primi v. i fondamentali studi di BASDEVANT S., voce "Etranger (théorie générale de la condition de)" in LAPPADILLE G.-NIBOYET J.P. (a cura di), *Repertoire de droit international*, VIII, Paris, 1930, 4 ss.; VERDROSS A., *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, in *Corsi Aja*, 1931, II, 327 ss.; NIBOYET J.-P., *La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé*, in *Corsi Aja*, vol. 52 (1935-II), 253-363; QUADRI R., *La suddivisione nel diritto internazionale*, Padova, 1936; SERENI A.P., *Diritto internazionale*, II, sez. I, Milano, 1958, 70 ss.; RIBHASEN W., *The Relationship between Public and Private International Law and the Rules of Conflict of Laws*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, in *Trav. com. fr.* (1961-I), 293 ss.; GOLDMAN B., *Reflexions sur la réciprocité en droit international*, in *Trav. com. fr.* (1962-1964), Paris, 62 ss.; VIRAIVY M., *Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain*, in *Corsi Aja*, vol. 122 (1967-III), 1-105; LILITCH R.B., *Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens*, in *Corsi Aja*, 1978, III, 339 ss.; NACMABENE B., *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, cap. X, in CARBONE S.M.-LUZZATTO R.-SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 3^a ed., Torino, 2006, 367 ss. Tra gli studi più a carattere

insorte con l'accentuarsi dei fenomeni migratori e con l'emanazione di nuove normative di varia provenienza formale.

Va detto subito che la nozione di "straniero" ha subito notevoli temperamenti e sviluppi nel nostro ordinamento giacché esistono, tra i soggetti "non italiani", diverse categorie di stranieri quali gli stranieri "comunitari", cioè i cittadini di paesi appartenenti alla Unione europea; ed i cittadini "extra-comunitari" i quali, a propria volta, possono essere distinti tra coloro che sono in possesso di permesso di soggiorno (cc.dd. "regolarmente soggiornanti") e gli altri (cc.dd. "legalmente oppure non legalmente soggiornanti").

Nei limiti del presente scritto, tuttavia, non si tratteranno le ulteriori questioni attinenti all'ingresso, soggiorno ed allontanamento dello straniero, al diritto all'unità familiare ed alla tutela dei minori, ai rapporti di lavoro con stranieri, all'accesso degli stranieri alle professioni in Italia ed all'accesso ai mutui, all'edilizia popolare, o al vasto tema della assicurazione obbligatoria della responsabilità civile e del Fondo di garanzia per le vittime della strada

internazionale privato v. con accenti diversi: LAGARDE P., *La reciprocità en droit international privé*, in *Cons. Aja*, vol. 54, 1977/II, 103-214; GARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, I-42; PANEBIANCO M., *Commento all'art. 16 disp. prel.*, in PERLINGIERI P. (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, I, 1982, 282 ss.; MENGOCZI P., *Le disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 16 a 31*, in *Premesse e disposizioni preliminari*, in *Tratt. Reciproca*, Torino, I, 1982, 282 ss.; GIULIANO M., *Lo straniero nel diritto internazionale*, in *Comm. internaz.*, 1981, 329 ss.; RESCIGNO P., *Gli acquisti in Italia dello straniero*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 169 ss.; CAPOROTTI F., *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, 460 ss.; NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; NASCIMBENE B., voce "Straniero (diritto internazionale pubblico)", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1144 ss.; NASCIMBENE B., voce "Straniero nel diritto internazionale", in *Dig. pubbl.*, IV, 1998, 179 ss.; BALLARINO T., *Reciprocità e straniero attore in Italia*, in *Riv. not.*, 1988, 418 ss.; RUBINO SANMARTINO M., *La reciprocità come limite alla capacità dello straniero*, in *Foto pad.*, 1991, I, 207; CALO E., *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, 485 ss.; TORIELLO M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di condizione di reciprocità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, 159; LAURINI G., *Il principio di reciprocità e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1997, 87; LEANZA U., *Considerazioni critiche sulla portata e l'efficacia dell'art. 16 della disposizione preliminare al codice civile*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1997, 87 ss.; GALOPPINI A.M., *Acquisti immobiliari del codice civile e condizione di reciprocità*, in *Dir. fam.*, 1998, I, 186 ss.; NOVARO B., *Acquisti immobiliari in Italia del cittadino estero: problemi di reciprocità*, in *Riv. not.*, 1999, F. 3, 831; COSCIA G., *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2001, 557 ss.; NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; PANILLI C.-NASCIMBENE B., voce "Straniero (diritto internazionale)", in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5800 ss.; GALGANO F.-MARELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, 408 ss. Un esame dei riflessi specifici sull'attività notarile viene offerto da BARALIS G., *La condizione di reciprocità*, in Ieva M., *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, 30 ss. nonché da PETRELLI G. (a cura di), *Formulario notarile commentato*, vol. 3.1, Milano, 2003.

Non v'è dubbio che il principio sancito dalla norma di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. (d'ora in avanti preleggi) è quello di limitare in via generale e salvo eccezioni, per lo straniero extracomunitario non regolarmente soggiornante in Italia, la fruizione di diritti civili in Italia alla reciprocità in senso internazionale e cioè di ammetterne il godimento a condizione che la sua legge nazionale consenta a soggetti italiani, siano essi persone fisiche o giuridiche, di fruire di quegli stessi diritti nel suo paese³.

Funzione della norma in esame era ed è, infatti, quella di precostituire, in via generale e salvo eccezioni, una sorta di strumento di "ritorsione e di rappresaglia" nei confronti dei cittadini di alcuni Stati stranieri al fine di promuovere la tutela dei diritti e degli interessi degli italiani all'estero⁴. E tale strumento possiede una peculiare natura internazionaleprivatistica, giacché la sua natura ed il suo funzionamento restano distinti dal normale operare del "confitto di leggi"⁵, come pure dal "confitto di giurisdizioni" e persino dalle questioni del riconoscimento ed esecuzione di atti, sentenze e lodi arbitrali stranieri. Così, non è azzardato affermare che l'art. 16 *de quo* costituisce una norma unilaterale interna ad oggetto transazionale che va esaminata alla luce della disciplina del trattamento dello straniero in Italia.

In proposito, si è detto che detta norma può essere letta in chiave di sanzione positiva, ossia di misura premiale per quegli ordinamenti statali che predispongano un favorevole trattamento dei cittadini italiani all'estero⁶;

³ Tra la giurisprudenza v. in particolare: Cass. 23 dicembre 1955, n. 3932, in *Gur. it.*, 1956, I, 1478; Cass. 29 gennaio 1976, n. 270, in *Foto it.*, 1976, I, 1264; in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1976, 561; Cass. 19 giugno 1995, n. 6918, in *Giur. civ.*, 1995, I, 2650. V. pure Trib. Genova, 21 dicembre 1996, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1997, 172.

⁴ Tra la giurisprudenza v. App. Milano 22 giugno 1999, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2000, 1093. In dottrina cfr. QUADRI R., voce "Cittadinanza", in *N. D. I.*, III, Torino, 1959, 322 ss.; FOCARELLI C., *La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia*, in *Riv. dir. intern.*, 1989, 825-865. Osservava BISCOTTINI G. (*Diritto amministrativo internazionale*, II, Padova, 1966, 125) che: «non sembra che abbia rilievo, agli effetti dell'art. 16... la circostanza che lo Stato straniero ignori un determinato istituto, ma quella che usi un trattamento discriminatorio fra i propri ed i nostri cittadini». Una manifestazione della reciprocità in materia di "confitto di giurisdizioni" si è avuta, in Argentina, attraverso la c.d. "clausula Gronda", contenuta nel Decreto-Ley 9015/63 che, modificando l'art. 24 del Decreto-Ley 1238/58, ha limitato l'immunità assoluta degli Stati esteri prevedendo che «El Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina». In argomento cfr. GOLDSCHMIDT W., *Diritto internazionale privato*, 10ª ed., Buenos Aires, 2009, 841.

⁵ Significativa nel senso indicato la pronuncia della Cass. 29 gennaio 1976, n. 270, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1976, 561 ove la Suprema Corte indica, *inter alia*, che la norma di cui all'art. 16 preleggi opera autonomamente ossia a prescindere da fonti del diritto quali la legge o il contratto. Cfr. MENGOCZI P., *Il noctio e la condizione di reciprocità*, in *Riv. not.*, 1994, 1222 ss. Tra i pareri v. BARALIS G., *La condizione di reciprocità*, 30 ss., con citazioni di filosofia del diritto e di diritto civile interno.

senonché, va ribadito che la norma *de qua* è una norma interna che, anche ammettendo che si esprima in termini positivi, di premialità verso l'esterno, trova piena ed immediata applicazione in chiave di sanzione negativa: il suo effetto giuridico è, infatti, una limitazione di diritti in Italia a carico di stranieri provenienti da Stati che non hanno predisposto o non riconoscono ai cittadini italiani i diritti che si vogliono fare valere in Italia.

Pertanto, quella che a qualcuno sembra un "arcaica" visione dei rapporti internazionali⁷ resta a sicuro fondamento e *ratio* dell'art. 16 delle preleggi⁸, una norma che, fino a quando non sarà abrogata, resta una norma di diritto positivo italiano di cui, *bongrè, malgrè*, si continua a fare applicazione nel nostro ordinamento.

Se la logica della norma in esame è di palese evidenza, di gran lunga più delicato è invece il compito dell'interprete allorché si tratti di studiare i limiti imposti al campo di applicazione della norma *de qua* attraverso il suo coordinamento con le altre norme italiane in materia di immigrazione (e di diritto internazionale privato), con quelle di origine costituzionale e le altre norme appartenenti al diritto dell'Unione europea ed a quello internazionale.

A tale proposito, va sottolineato che la giurisprudenza è particolarmente rigorosa nei confronti del notaio rogante: lo ritiene responsabile, per inadempimento del mandato ricevuto dal cliente, non solo quando abbia omissis un accertamento richiestogli da quest'ultimo, ma anche quando l'omissione riguardi gli accertamenti preliminari cui il notaio è tenuto per legge in quanto investito di un pubblico ufficio in relazione alle mansioni che gli sono proprie⁹.

⁷ BARALIS G., *La condizione di reciprocità*.

⁸ Cf. ad esempio RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, 2ª ed., Bari, 1992, 49 ss., il quale osserva che la capacità di diritto privato dello straniero resta limitata in via generale per una chiara scelta del legislatore italiano rispetto alla ben più ampia formula prevista all'art. 3 disp. prel. c.c. del 1865 ed alle critiche che ne erano conseguite: «[L]a regola non è incompatibile con i principi costituzionali in materia di trattamento dello straniero, e ciò in ragione della formula adottata che è più povera di quanto i suggerimenti e le aures poterano indurre a sperare... Il criterio di reciprocità diverrebbe illegittimo solo in presenza di una norma internazionale generalmente riconosciuta che facesse obbligo a tutti gli Stati di attribuire eguale capacità ai cittadini e agli stranieri in ordine ai rapporti privati». E v. nello stesso senso (anche in considerazione del fatto che il codice della navigazione venne varato nella stessa epoca del codice civile), ad esempio, gli artt. 143 ss. del codice della navigazione che disciplinano i requisiti di nazionalità per l'iscrizione nelle matricole o nei registri navali italiani.

⁹ Cf. Cass. 11 marzo 1964, n. 525, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 205; Cass. 28 luglio 1969, n. 2861, in ANGELONI F., *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, 212; Cass. 29 agosto 1987, n. 7127, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1388. Si tratta, com'è stato segnalato da Angeloni, di accertamenti che il notaio deve compiere in forza dell'art. 28, I comma, della legge notarile (legge 3 febbraio 1913, n. 89), accertamenti che impediscono al notaio di rogare atti proibiti dalla legge e perciò nulli. Una diversa tesi, più favorevole al notaio, è invece sostenuta da BARALIS G. *La condizione di reciprocità*, 48 ss., che configura in una mera inefficacia la mancanza di reciprocità tenendo di evitare per questa via la responsabilità civile del notaio rogante.

Perciò, ne consegue che, allorché un contratto risultasse nullo ai sensi dell'art. 16 preleggi, il notaio rogante sarà responsabile del danno cagionato ai contraenti per non avere accertato, data la cittadinanza straniera di una delle parti, se sussisteva o meno la condizione di reciprocità.

Per le stesse ragioni e diversamente da chi ritenga che l'art. 16 sia stato oggetto di una abrogazione implicita¹⁰, è certo che la "condizione di reciprocità" non è mai stata abrogata, tanto che essa viene rilevata periodicamente dal Ministero degli esteri¹¹ e la giurisprudenza continua a farne applicazione¹², soprattutto in materia di acquisti immobiliari e di diritto societario.

Una volta brevemente richiamate le diverse accezioni dogmatiche di reciprocità, si tratterà del fondamento e del significato dogmatico dell'art. 16 delle preleggi per poi esaminare i limiti al campo di applicazione della norma *de qua* imposti dalla normativa in materia di immigrazione e in quella costituzionale, comunitaria ed internazionale.

2. La reciprocità diplomatica, legislativa e di fatto.

La dottrina giurinternazionalistica distingue, in via generale, tre tipi distinti di reciprocità: diplomatica, legislativa e di fatto o sostanziale¹³.

La reciprocità diplomatica consiste nel parificare gli stranieri ai cittadini nella misura in cui ciò sia previsto e regolato, *ratione materiae*, da appositi

¹⁰ Così, ad esempio, CAMPIGLO C., *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2001, 45 ss., come pure MEMMO D., *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero: prime riflessioni sui diritti civili della persona tra normative speciali e legge 6 marzo 1998 n. 40*, in *Contr. e impr.*, 2000, 39 ss. Il fatto che un primo disegno di legge sull'immigrazione e la condizione dello straniero avesse previsto l'abrogazione esplicita dell'art. 16 preleggi non basta di certo per concludere a favore di un abrogazione implicita. Il dato di diritto positivo, fornito dalla prassi legislativa, giurisprudenziale e da quella del Ministero degli esteri, conferma appieno l'opposto, ossia che il legislatore non ha voluto abrogare la norma *de qua*.

¹¹ Cf. <http://www.esteri.it/MAE/IT/Ministero/Stranieri/CondizReciprocita/>.

¹² Per convincersene basta scorrere i repertori di giurisprudenza. Sul punto v. ad esempio App. Torino 10 dicembre 2004, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2005, 780 ove, facendo propria l'osservazione del giudice di primo grado, si rileva che «l'art. 16 disp. prel. c.c. non è stato abrogato dalla legge di riforma del diritto internazionale privato e che il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana (assicurati già dal dettato costituzionale) nonché il godimento dei diritti civili per lo straniero, purché regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato sono stati sanciti dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che con ciò ha implicitamente riconfermato la validità dell'art. 16 disp. prel. c.c. per le altre materie».

¹³ GIARDINA A., *Dell'applicazione della legge in generale* (art. 16), 10 ss.; LEANZA U., *Considerazioni critiche sulla portata e l'efficacia dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile*, 89 ss., nonché SIMIDA B., *Reciprocity*, in BERNHARDT M. (a cura di), *Encyclopedia of Public International Law*, I, North Holland, 1992, 29 ss. e SALMONI J. (a cura di), *Dictionnaire des droits internationaux publics*, Bruxelles, 2001, 933 ss.

accordi intergovernativi¹⁴. Vi sono trattati in forza dei quali le Parti contraenti si impegnano ad accordare diritti ai rispettivi cittadini a condizione di reciprocità come avviene, ad esempio, negli accordi bilaterali in materia di investimenti ed in quelli contro le doppie imposizioni fiscali¹⁵.

Si ha invece reciprocità legislativa allorché esistono nell'ordinamento interno dello Stato straniero disposizioni legislative che attribuiscono ai cittadini italiani i diritti di cui gli stranieri invocano l'applicazione nello Stato italiano.

Si parla, infine, di reciprocità di fatto o sostanziale quando, a prescindere dal dato formale (accordo internazionale o disposizioni legislative straniere), l'ordinamento straniero consente in concreto ai cittadini di godere dei diritti di cui lo straniero intende beneficiare¹⁶. Qui è evidente che non basta una ricerca limitata alla sola legislazione del paese straniero, ma occorre avere a riguardo la prassi; così, per converso, per negare l'esistenza di reciprocità non è sufficiente limitarsi a constatare la mancanza nell'ordinamento straniero dell'istituto giuridico che si vuol far valere in Italia.

La condizione di reciprocità, infatti, potrà verificarsi rispetto ai medesimi diritti (cc.dd. reciprocità in senso stretto o "punto per punto"¹⁷) ovvero rispetto a diritti equivalenti, attraverso una valutazione complessiva (reciprocità in senso lato).

Secondo quanto è stato osservato da un autorevole dottrina « [l] reciprocità in questo senso non significa, comunque, necessità che uno Stato straniero assumi in concreto un determinato diritto ai nostri cittadini affinché tale diritto

sia esercitabile in Italia dai suoi nazionali; è sufficiente che tale diritto, nella misura in cui sia esercitabile nello Stato straniero, lo sia anche da parte dei nostri cittadini senza discriminazioni »¹⁸.

Nonostante qualche oscillazione giurisprudenziale, l'ordinamento italiano sembra improntato al modello della reciprocità di fatto (o sostanziale) con riferimento al criterio della reciprocità in senso lato¹⁹.

Il dato sembra ulteriormente confermato da una pronuncia della Suprema Corte che ha concluso a favore della irrilevanza del riconoscimento dello Stato estero cui appartiene lo straniero²⁰. Secondo la Cassazione, il riconoscimento (in senso internazionale) da parte della Repubblica italiana dello Stato estero di cui lo straniero è cittadino, come pure lo stato delle relazioni diplomatiche tra i due Stati, non incide in modo decisivo sull'operatività dell'art. 16 delle preleggi che resta ancorata ad una valutazione della effettività dell'ordinamento straniero ed alle modalità con cui il trattamento di cittadini italiani in quello Stato viene effettuato²¹.

Pertanto, in estrema sintesi, la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi esige di essere verificata sotto un duplice concorrente profilo e cioè, sia nel senso che lo Stato, cui lo straniero appartiene, riconosca, in via generale e astratta, nel proprio ordinamento un diritto corrispondente a quello che lo

¹⁴ Cfr. ad esempio VITTA E., *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, 449, ove ampi riferimenti alla dottrina del secolo scorso, nonché VITTA E., *Le clausole di reciprocità nelle norme di conflitto* in *Festschrift zum 65 Geburtstag von Wilhelm Wengler*, II, Berlin, 1973, 849-864. Va osservato al riguardo che, la dimensione puramente contrattualistica della reciprocità è presente nel nostro ordinamento all'art. 5, II capoverso, disp. prel. codice della navigazione, ove si dispone che la legge della bandiera sia applicabile alle fatispecie verificatisi a bordo di una nave o aeronobile aventi nazionalità estera, a condizione di reciprocità. Ciò significa che, qualora dinanzi al giudice italiano, la stessa applicazione della legge straniera risulti applicabile quale *lex causae* verrà applicata se l'ultimo utilizza lo stesso criterio di collegamento. Interessanti una nave italiana in acque di uno Stato estero, quest'ultimo utilizza lo stesso criterio di collegamento. Senonché, la norma di cui all'art. 16 preleggi ha un tenore ed oggetto diverso e non va studiata all'interno del rinvio di cui all'art. 16 preleggi.

¹⁵ CAMERIGLIO C., *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995.

¹⁶ AVVISA GIARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), 11, che la reciprocità sostanziale « tiene conto semplicemente del risultato finale, al quale perviene un certo ordinamento straniero nel trattamento dei cittadini dello Stato de quo. Questo significa, da un lato, che tale reciprocità può darsi sussistente anche in assenza di previsioni normative di un certo tipo nello Stato straniero in questione e, dall'altro, che tali previsioni normative, qualora esistenti, non sono di per sé sufficienti ».

¹⁷ BISCOTTINI G., *Il principio di reciprocità*, in *Rev. dir. intern.*, 1967, 50, sulla scia di Nilboyer che utilizzava l'espressione di "reciprocité trait par trait" in *La notion de reciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé*, n. 734.

¹⁸ GIARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), 11.

¹⁹ Oltre ai riferimenti offerti da GIARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), fino al 1978, v., fra le tante, Trib. Gorizia 2 giugno 1988, in *Assicurazioni*, 1989, II, 2, 93; App. Genova 28 aprile 1993, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1993, 734; Trib. Genova 21 dicembre 1996, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1997, 172; Cass. 19 giugno 1995, n. 6918, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2650; Trib. Monza 8 maggio 1998, in *Dr. resp.*, 1998, 927. Che si tratti di reciprocità in senso lato lo si coglie già chiaramente in Trib. Roma 8 maggio 1986, *Enken c. Comp. Terrena capitalizzazione assicurativa*, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1986, 811, ove il giudice ha rilevato che, a norma dell'art. 16 disp. prel. c.c., il diritto dell'assicuratore straniero di rivalersi in Italia contro il terzo responsabile del danno subito dal proprio assicurato e, quindi, anche contro l'assicuratore della responsabilità civile del terzo, è subordinato alla condizione di reciprocità, essendo, del tutto irrilevante che, nell'ordinamento straniero, il diritto di rivalersi configuri una surrogazione legale, ovvero trovi fondamento in una surrogazione convenzionale. Si è altresì osservato che la condizione di reciprocità è soddisfatta anche quando lo straniero danneggiato appartenga ad uno Stato che abbia sottoscritto con l'Italia una convenzione per la reciproca assistenza giudiziaria (Trib. Roma 11 maggio 1996, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1997, 332). In passato l'orientamento verso la verifica della reciprocità in senso più rigoroso, pur senza raggiungere il livello della reciprocità in senso stretto, ha trovato maggiore spazio in giurisprudenza (cfr., ad esempio, App. Trieste 19 febbraio 1983, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1983, 804; ove si osserva che l'esame della reciprocità va inteso non « nel senso che lo Stato estero contempni nel proprio ordinamento un diritto corrispondente a quello che il suo cittadino intende esercitare in Italia, bensì soltanto nel senso che quello Stato ammetta i cittadini a godere dei medesimi diritti civili attribuiti ai propri cittadini ».

²⁰ Cass. 7 febbraio 1975, n. 468, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1003; in *Foro it.*, 1975, I, 1115.

²¹ Cfr. in particolare MAINTORPI A., *Nota sulla (poco guardata) in tema di rilevanza in Italia di leggi di Stati non riconosciuti*, in *Rev. dir. intern.*, 1973, 742; GIARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), 1-38.

straniero intende esercitare in Italia, sia nel senso che tale ordinamento non ponga discriminazioni a danno del cittadino italiano in ordine all'esercizio di quel diritto nello Stato estero.

3. Fondamento e significato della "condizione di reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.

L'attività economica generale sul territorio italiano dello straniero, sia esso persona fisica o giuridica, ricade nel campo di applicazione della norma di cui all'art. 16 preleggi, a prescindere dalle vicende della legge applicabile ai rapporti intrattenuti con soggetti italiani e dei limiti di applicabilità del diritto straniero (norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico).

Come si è avvertito in premessa, la *ratio* sottesa alla norma *de qua* è quella di una limitazione in via generale alla partecipazione del cittadino straniero al traffico giuridico di diritto privato italiano, salvo eccezioni poste da norme di rango legislativo, costituzionale, comunitario od internazionale.

La soluzione adottata nel codice civile costituisce, peraltro, un regresso rispetto a quanto era previsto nel più liberale codice civile italiano del 1865 (art. 3 disp. prel.) che aveva attribuito allo straniero una incondizionata capacità di diritto privato, parificandolo al cittadino italiano. Di ispirazione manciniana ed innovativa rispetto alla corrispondente norma del Code Napoléon, la norma di cui all'art. 3 dell'abrogato codice civile italiano del 1865 costituisce il punto di arrivo di una visione economica liberistica e giuridico-universalistica che, a differenza di quanto "travò i giuristi francesi", avrebbe dovuto essere accolta in tutti gli Stati²².

Senonché, com'è stato esattamente osservato in dottrina, «[l]agioni economiche e politiche connesse ai fenomeni migratori e all'avvento di regimi autoritari portarono invece all'accoglimento, generalizzato, del principio opposto, subordinando l'ingresso, soggiorno ed esercizio di attività lavorative (subordinare e autonome) a limitazioni e controlli»²³.

È allora con riferimento a quel quadro storico-giuridico che va inteso il significato originario della norma di cui all'art. 16 preleggi, norma che va pure ricollegata, tra l'altro, a quelle "disposizioni contenute in leggi speciali" quali il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza e relativo Regolamento di esecuzione emanati nello stesso periodo normativa che, a propria volta, derivava da altrettante norme, tutte disposte a regolare rigorosamente la condizione

dello straniero dimostrando, una volta di più, che la prassi dello Stato italiano, in linea con quella degli altri Stati, non era affatto orientata alla libera immigrazione nel territorio.

Detto approprio si ricollega, in realtà, a più generali considerazioni di diritto internazionale secondo le quali, al di fuori di specifici contesti di liberalizzazione organizzati e gestiti dagli Stati tramite il diritto patrizio (v. ad esempio il diritto del World Trade Organization), la prassi è orientata in senso restrittivo e perciò non esiste alcun diritto di fonte consentendaria all'immigrazione, all'accesso alle professioni, all'esercizio delle attività economiche ed all'investimento, tanto per le persone fisiche quanto per quelle giuridiche straniere²⁴.

Orbene, proprio il particolare tenore della norma di cui all'art. 16 preleggi ha suscitato altre perplessità in dottrina in ordine alla sua collocazione sistematica ed in ordine alle conseguenze del suo concreto operare.

Secondo una prima impostazione, la norma di cui al preterito art. 16 non costituisce una norma di diritto internazionale privato, bensì affianca quelle norme incidendo unicamente sulla capacità giuridica dello straniero e determinando una situazione di potenziale incapacità giuridica generale di diritto privato italiano²⁵.

Secondo altra parte della dottrina, invece, si tratta di una norma che configura un'incapacità giuridica speciale limitata a determinati atti quali, in particolare, l'acquisto della proprietà di beni nello Stato²⁶.

È pur vero che, anche nella letteratura civilistica, l'art. 16 preleggi viene esaminato nei capitoli dedicati alla capacità giuridica, con ciò avallando implicitamente la tesi secondo la quale la norma *de qua* altro non sarebbe se non una delle dimensioni dello statuto personale²⁷.

Senonché, anche questa impostazione è stata criticata dai pratici del notaio e si tratta di critiche in pare condivisibili²⁸.

Tralasciando la questione del coordinamento dell'art. 16 delle preleggi con gli artt. 20 e 23 della legge 31 maggio 1995, n. 218, che, a ben vedere, non pone particolari problemi, l'argomento più convincente è quello secondo il

²⁴ CARREAU D.-JUNLIARD P., *Droit international économique*, 4^e ed., Paris, 2010, 399 ss. Da ultimo v. C. giust. CE 13 luglio 2009, in *Riv. dir. intern.*, 2009, 113 ss.

²⁵ A questa impostazione teorica sembra poter essere riprova l'analisi condotta da GIARDINA A., *Dall'applicazione delle leggi in generale* (artt. 16), 11 ss. Su questa scia sembra collocarsi anche, da ultimo, UBERTAZZI B., *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, 371 ss. ove riferimenti.

²⁶ BALARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 336.

²⁷ Cfr. ad esempio BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, Milano, 2005, 121; BUGLAZZI GRI L.-BERGOLA U.-BUSNELLI F.-NATOLI U., *Diritto civile*, Torino, 1989, 111; ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, 4^e ed., Padova, 2009, 116 ss.

²⁸ Cfr. BARALIS G., *La condizione di reciprocità*, 48 ss.

²² Così, NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, 11. Cfr. LAGARDE P., *La reciprocité en droit international privé*, 122 ss. Per una accurata ricostruzione storico giuridica cfr. GIARDINA A., *Dall'applicazione delle leggi in generale* (artt. 16), 2 ss. ove riferimenti.

²³ NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, 12.

quale procedendo dalla suddetta impostazione, "la sanzione" naturale dovrebbe essere l'annullabilità, il che confligge – soprattutto per quanto concerne la legittimazione a far valere il vizio – con la *ratio legis* della norma che non consiste certo nella tutela del cittadino contraente²⁹, nonché risulterebbe "ininfuente per fattispecie legali come l'uscacopione per le quali non rileva il difetto di capacità legale"²⁹.

Non v'è dubbio che, imboccata la via dell'incapacità giuridica ci si troverebbe dinanzi alla disciplina dell'invalidità-annullabilità degli atti attraverso una serie di norme poste a tutela dell'altro contraente.

L'annullamento dell'atto, quindi, non avverrebbe *ex lege*, bensì su pronuncia, con sentenza costruttiva, in base ad una domanda di chi fosse legittimato a richiederlo: nel caso di specie, il cittadino italiano. Ma il venditore di un immobile ad un soggetto non italiano o colui il quale cede, verso corrispettivo, delle quote di una s.r.l. ad un cittadino proveniente da un paese ove non è dimostrata la condizione di reciprocità, ha in realtà solo un interesse: quello di vendere, a prescindere dalle valutazioni del Ministero degli esteri italiano o dallo Stato delle relazioni internazionali.

Di più, ammettendo per un istante la fondatezza della tesi della mera limitazione della capacità giuridica dello straniero, si finirebbe col dedurre che l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni (art. 1442 c.c.), ha effetto retroattivo e travolgerebbe i terzi aventi causa (supponendo si tratti di una forma di incapacità legale), fermo restando l'istituto della convalida.

Da ciò può ravvisarsi, *intra oculos*, che questi ulteriori aspetti dell'istituto dell'invalidità del contratto non corrispondono alla *ratio* dell'art. 16 delle preleggi. Infatti, trascorsi cinque anni, l'atto risulterebbe valido anche qualora continuasse a verificarsi l'assenza di reciprocità. Né appare logico ritenere che la norma *de qua* tuteli l'interesse del contraente italiano nei confronti di quello non italiano sul piano dei rapporti privatistici.

È di palmare evidenza, infatti, che l'interesse protetto dalla norma, si ricicla ad un interesse pubblicistico che prescinde dalla volontà e dalla disponibilità dei contraenti.

Alla luce delle precedenti osservazioni occorre, pertanto, sostenere una tesi diversa da quelle fin qui prospettate.

A mio avviso, l'art. 16 preleggi va considerato alla stregua di una peculiare norma di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano, una categoria legislativamente contemplata all'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, nonché all'art. 9 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I") ed all'art. 16 del Regolamento (CE) n. 864/2007 del

Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")³⁰. Si tratta di una norma di applicazione necessaria italiana proprio perché appartiene a quelle norme che, in linea generale, "in ragione del loro oggetto e dello specifico fine a cui tendono, si applicano [...] a rapporti che] presentano elementi di estraneità rispetto al foro e che – in base alle nostre norme di conflitto – potrebbero trovarsi sottoposti a una legge straniera"³¹.

Le norme di applicazione necessaria costituiscono, infatti – basti pensare per un istante all'art. 116 c.c., norma di applicazione necessaria italiana *par excellence* –, un limite speciale al funzionamento del d.i.p. del foro (c.c.dd. "fattori di intererenza"), un limite "preventivo" come spesso si dice in dottrina³², che ha per oggetto l'applicazione del diritto richiamato dalla norma di conflitto.

Movendo da questa impostazione si ha che, qualunque sia la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e ferma restando la legge applicabile alla capacità dello straniero-persona fisica che va determinata autonomamente (ex artt. 20 e 23 della legge 31 maggio 1995, n. 218)³³, l'art. 16 colpisce – limitandola – sia la capacità dello straniero, che la validità dell'atto, determinando, *a priori*, una situazione di possibilità/impossibilità giuridica dell'atto dettata da una norma imperativa italiana diretta a regolare il traffico giuridico transnazionale: appunto, una norma di applicazione necessaria ex art. 17 della

²⁹ Per un confronto delle diverse posizioni dottrinali in materia v. spec. le riflessioni di BOSCHIERO N., *Norme inderogabili, "disposizioni imperative del diritto comunitario" e "leggi di polizia" nella proposta di reg. "Roma I"*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al reg. "Roma I"* (Milano, 2007), 107 ss., 111 ss., ed ora BONOMI A., *Le norme di applicazione necessaria nel regolamento "Roma I"*, in BOSCHIERO N. (a cura di), *La nuova disciplina della legge applicabile ai contratti*, Torino, 2009, 173 ss.

³⁰ MOSCONI F.-CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 5ª ed., Torino, 2010, 262 ss. Tra la giurisprudenza recente cf. Trib. Venezia 21 maggio 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 2181.

³¹ Cf. MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1946, 58. In argomento cfr., tra una letteratura vastissima: AGO R., *Lesioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1939, 303 ss.; RABEL E., *The conflict of laws. A comparative study*, Chicago, II, 1945, 558 ss.; NEUNHARTER K., *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *RCDDI* 1957, 579 ss.; VITTA E., *Diritto internazionale privato*, I, 167 ss.; TREVES T., *Nome imperativa e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1983, 25 ss.; cf. BATHFOL H.-LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, 425 ss.; FRIGO M., *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative della convenzione di Roma*, in SACRODOTTI G.-FRIGO M., *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª ed., Milano, 1994, 21 ss.; TREVES T., *Art. 17 (Norme di applicazione necessaria)*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1995, 986 ss.; BOSCHIERO N., *Artt. 14-17*, in BARNATTI S. (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, in Nuovo leggi civ.*, 1996, 1035 ss.

³² Cf. ad esempio, in dottrina, DANIELE L., *Capacità e diritti delle persone (artt. 20-25)*, in *Corr. giur.*, 1995, III, 1239; VILIANI U., voce "Capacità e diritti delle persone fisiche (diritto internazionale privato)", in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000.

legge 31 maggio 1995, n. 218. In poche parole, l'art. 16 preleggi costituisce una norma generale volta a precostituire una ritorsione diretta a colpire direttamente non singoli Stati esteri, bensì gli atti in Italia dei cittadini di particolari Stati esteri nei confronti dei quali la reciprocità non è verificata³⁴.

La mancanza di reciprocità si traduce così in una limitazione *ex lege* all'esercizio di diritti civili in Italia, a prescindere dalla estensione della capacità giuridica dello straniero che resta disciplinata in via generale dalla sua legge nazionale ai sensi degli artt. 20 e 23 della legge 31 maggio 1995, n. 218. Del pari, detta limitazione costituisce una norma di applicazione necessaria che integra una peculiare fattispecie di invalidità-nullità degli atti giuridici, sicché la norma di cui all'art. 16 preleggi, nella misura in cui manchi la reciprocità richiesta, provoca una nullità *ex art.* 1418 c.c.³⁵. Ne segue allora che, salvo diverse disposizioni di legge, la nullità di un contratto per contrasto con una norma imperativa (ed *a fortiori*, con una norma di applicazione necessaria), quale è l'art. 16 preleggi, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.). Di più, l'azione di nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni per la ripetizione dell'indebito (art. 1422 c.c.).

Il contratto nullo non può, inoltre, essere convalidato, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 1423 c.c.). Può invece produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero concordemente voluto se avessero conosciuto la nullità (c.d. conversione del contratto nullo in altro contratto valido, art. 1424 c.c.). Ciò avverrebbe allorché la condizione di reciprocità risultasse verificata in un momento successivo.

Per le medesime ragioni, non è condivisibile nemmeno l'impostazione avanzata da altra parte della dottrina³⁶ che ha suggerito di configurare l'art. 16 preleggi quale componente dell'ordine pubblico internazionale. A parte ogni

discussione circa il significato intrinseco della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale³⁷, resta il fatto che la reciprocità in materia di diritti civili ha ben poco a che vedere con i principi universali comuni a nazioni di cultura e tradizioni affini, riconosciuti e tutelati da convenzioni internazionali a cui si riferisce spesso e giustamente la nostra Cassazione. Ma, occorre ribadire, qui non si tratta di limitare l'applicazione del diritto straniero che si colloca in contrasto con principi fondamentali a cui il nostro ordinamento si ispira, bensì di applicare direttamente una norma italiana restrittiva della libertà contrattuale ad una fattispecie connotata da caratteri di stranezza, caratteri questi che sono propri delle norme di applicazione necessaria e che acquistano i loro effetti proprio dal punto di vista della *lex fori*³⁸.

Per tutte le ragioni di cui sopra è, invece, pienamente condivisibile l'osservazione, sia pure *obiter*, della Corte d'appello di Firenze in una recentissima sentenza laddove ha osservato che il diritto dello straniero ad acquistare immobili sul territorio italiano ha carattere prettamente patrimoniale ed, in difetto di norme specifiche, è soggetto all'art. 16 preleggi, "valché la validità dell'atto sarebbe condizionata dalla sussistenza della condizione di reciprocità"³⁹.

4. Dei limiti di fonte costituzionale alla "reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.

La norma di cui all'art. 16 preleggi è sopravvissuta al varo della Costituzione repubblicana anche se quest'ultima ha introdotto alcuni importanti limiti al campo di applicazione della norma *de jure*.

Qualora ricorressero gli estremi di applicazione dell'art. 16, la condizione di reciprocità va, infatti, coordinata con l'art. 2 Cost., in base al quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Ne segue che lo straniero sarà sempre protetto dallo schermo dei diritti inviolabili dell'uomo indicati ai successivi artt. 13 ss. della Costituzione, a prescindere dalle esigenze di reciprocità poste dalla norma sottordinata⁴⁰.

³⁴ La definizione della ritorsione in diritto internazionale è offerta nel dizionario diretto da SALMON J. (*Dictionnaire de droit international public*, 1007) citando il III rapporto sulla responsabilità degli Stati di Arangio-Ruiz ove si osserva che: «le terme "mesure de rétorsion" recouvre les réactions d'un Etat à un acte illicite ou inhumain qui sont elles-mêmes inamicales mais non illicites». Si aggiunge, laconicamente in chiusura della voce che «ans la pratique internationale, les Etats évitent souvent le terme de rétorsion pour employer celui, plus neutre et compréhensif, de "mesures de réciprocité"».

³⁵ E si esprime in termini di nullità, *ex art.* 1418 c.c., il precitato parere del Consiglio di Stato del 15 giugno 1994, pur senza esporne le ragioni internazionali private.

³⁶ BALLARINO I., *Diritto internazionale privato*, 298, pur se l'Autore introduce una apposita *manière* laddove osserva che «[in]leggi altri casi di mancata prova della reciprocità... ci troviamo in presenza di un vero e proprio limite di carattere generale all'applicazione del diritto straniero non dissimile dall'ordine pubblico internazionale».

³⁷ Su cui v. ad esempio GALGANO F.-MARELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, 408 ss., nonché MOSCONI F.-CAMPIGNO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, 246 ss.

³⁸ Il punto sembra confermato da Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592 (in *Rev. dir. intern.*, 2007, 886 e in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 2007, 443) laddove si osserva che la norma di applicazione necessaria «per effetto della funzione sua propria di imporre l'applicazione del diritto nazionale (distinguendosi dall'ordine pubblico internazionale, che ha per funzione sua propria, caratteristica e diretta, di limitare il riconoscimento del diritto straniero, ma è costituito solo da principi informatori) e la cui individuazione... rende superflua, in via preliminare, ogni indagine sulla legge straniera competente in base al diritto internazionale privato, nel senso, cioè, che disposizioni imperative interne, le quali sono dirette a perseguire obiettivi di particolare importanza per lo Stato che le ha emanate, trovano una loro espresa sfera di applicazione».

³⁹ App. Firenze 12 febbraio 2010, non ancora pubblicata.

⁴⁰ Cfr., da ultimo, Cass. 7 maggio 2009, n. 10504, in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 2010,

Si tratta, appunto, degli artt. 13 Cost., in materia di libertà personale; 14 Cost., sull'inviolabilità del domicilio; 15 Cost., circa la libertà e segretezza della corrispondenza; 19 Cost., in materia di libertà religiosa; 21 Cost., sulla libertà di manifestazione del pensiero; 27 Cost., sulla personalità della responsabilità penale e 24 Cost., circa la tutela giurisdizionale⁴¹. A questi diritti si aggiunge, in particolare, il diritto alla salute, contemplato dall'art. 32 Cost., il quale è azionabile anche a beneficio di stranieri il cui Stato non garantisce analogo diritto a favore dei cittadini italiani⁴², così come il diritto alla vita e così via. Per le stesse ragioni, la Cassazione ha riconosciuto che il risarcimento del diritto alla riparazione dell'ingiusta detenzione nei confronti di un cittadino straniero non è condizionato alla dimostrazione della reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, dal momento che la fonte di detto diritto si colloca sul piano delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale dello Stato a prescindere dai rapporti tra privati⁴³.

Si tratta di considerazioni che trovano la propria giustificazione su base costituzionale avendo a riguardo al tenore letterale di alcune norme allorquando attribuiscono determinati diritti a "tutti" o prevedono che per "nessuno" possa operare la soppressione di alcuni diritti («tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma», art. 19 Cost.; «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo

777. Parte della dottrina ha ritenuto, soprattutto in passato, che l'entrata in vigore della Costituzione avrebbe comportato l'abrogazione implicita dell'art. 16 preleggi. Cfr., con accenti diversi, LA PERGOIA A., *Costituzione e addolcimento dell'ordinamento italiano del diritto internazionale*, Milano, 1961, 325 ss.; BARRILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 57; CASSESE A., *Commentario agli artt. 10-12*, in *Comm. cost. Brivata*, 1975, 512 ss.; PALADIN L., *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Padova, 1965, 205 ss. La prassi, però, si è orientata in senso opposto confermando quanto già esaminato indicato da GARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale (artt. 16)*, 13, da BARELLI B., *Artt. 16*, in *Comm. breve c.c. Cian-Frubbichi* (il quale indica che l'art. 3 non esclude trattamenti differenziati che rispondono ad un criterio di ragionevolezza quale è quello riservato agli stranieri ex art. 16) e quanto da noi sostenuto.

⁴¹ E v. in proposito Cass. 10 febbraio 1993, n. 1681, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1994, 566, ove si precisa che detta tutela si riferisce a diritti già posseduti e riconosciuti, una formula che di per sé presuppone l'applicazione dell'art. 16 preleggi.

⁴² V. C. cost. 23 novembre 1967, n. 120, che appunto, come riferisce anche BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, 297, ha ribadito che il principio di uguaglianza valga nei confronti dello straniero nella misura in cui si tratti di rispettarne i diritti fondamentali. V., tra i giudici di merito, Trib. Roma 23 marzo 1996, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1996, 785, nonché Trib. Roma 27 settembre 2001, in *Giur. rom.*, 2002, 76. Eccessiva, invece, sembra la soluzione a cui è pervenuto il Giudice di pace di Novara 1° febbraio 2002 (in *Arch. giur. civ.*, 2002, 584 con nota di Galli G., che ha limitato, tramite la condizione di reciprocità, la risarcibilità del danno morale sofferto da un cittadino straniero privo di permesso di soggiorno, per la morte, a causa di un sinistro stradale del fratello in regola con detto permesso. Cfr. CAMMIGLIO C., *Abrogazione dell'art. 16 preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2001, 45 ss.

⁴³ Cass. pen. 7 aprile 2000, n. 2225, in *CELD*, 2000.

scritto e ogni altro mezzo di diffusione», art. 21, I comma, Cost.; «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» o ancora: art. 22 Cost.: «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»; art. 24 Cost.: «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»; art. 25 Cost.: «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»; art. 32, II comma, Cost.: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» e all'art. 34, I comma, Cost.: «la scuola è aperta a tutti») e che vengono ulteriormente arricchite dalle norme di diritto internazionale consuetudinario e patrizio (Basti il solo riferimento ai numerosi trattati in materia di diritti umani) a cui si farà cenno tra un istante. Pur restando la questione assai dibattuta tra i costituzionalisti, il dato più sicuro resta quello secondo il quale la Costituzione offre a tutti, cittadini e stranieri i diritti ora enunciati, restringendo ai soli «cittadini» i diritti politici, nonché quelli contemplati, ad esempio, agli artt. 16 Cost., sulla libertà di circolazione, soggiorno ed espatrio; 17 Cost., sulla libertà di riunione; 18 Cost., sulla libertà di associazione e 38, I comma, Cost., sul mantenimento e l'assistenza sociale. L'estensione anche per questi diritti non è, dunque, implicita ma può essere comunque disposta dalla legge.

Ci si chiede se è compatibile la norma di cui all'art. 16 preleggi con l'art. 42, II comma, Cost. In effetti, quest'ultimo comma prevede che: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». Orbene, senza entrare nel dibattito circa il significato della «funzione sociale» della proprietà che ha fatto scorrere fiumi d'inchiostro, è pacifico che la norma di cui all'art. 42 Cost. esprima una direttiva al legislatore ordinario, il quale è chiamato a legiferare in materia di proprietà, esprimendo un atteggiamento di favore verso quelle proprietà che possono svolgere una funzione sociale, come la proprietà coltivatrice diretta e la proprietà della casa di abitazione⁴⁴. Risulta, quindi, pacifico che sia la legge a dovere disciplinare i modi di acquisto e di godimento della proprietà, fermo restando, quanto ai limiti, la riserva di legge al legislatore per trovare il punto di equilibrio tra la proprietà privata e gli interessi generali. Pertanto, l'eventuale contrasto tra l'art. 16 preleggi e l'art. 42 Cost. è solo apparente ed è esatto

⁴⁴ In argomento v. per tutti GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2008, 313 ss., ed i riferimenti ivi citati.

sostenere la legittimità costituzionale dell'art. 16 preleggi con riferimento all'acquisto di immobili da parte di stranieri.

In conclusione, il riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo non comporta un'assimilazione automatica dello straniero nell'intero patrimonio giuridico del cittadino italiano. Né, come si è in precedenza osservato, alcuna norma internazionale, sia essa di natura consuetudinaria o pattizia, impone allo Stato italiano la completa parità tra cittadini italiani e stranieri relativamente all'acquisto, al godimento e all'esercizio di tutti i diritti civili⁴⁵.

Né, infine, la reciprocità appare in contrasto con la norma costituzionale di cui all'art. 10, giacché si prevede che la condizione giuridica dello straniero sia regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

5. Dei nuovi limiti posti dalla disciplina italiana della immigrazione.

Se l'art. 16 delle preleggi deve essere letto quale norma generale di *default*, di ritorsione programmata ma costituzionalmente ed internazionalmente orientata, avente ad oggetto il traffico giuridico tra cittadini italiani e stranieri non ulteriormente qualificati, si tratta di una norma che deve essere ulteriormente coordinata attraverso altre norme di rango legislativo, in particolare quelle contenute nel Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d'ora in avanti TUI)⁴⁶.

Come è noto, il quadro normativo contenente la disciplina giuridica dello straniero in Italia è stato preconstituito in modo organico attraverso la legge 6 marzo 1998, n. 40 (in *G.U.* 12 marzo 1998, n. 59) sulla disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Si tratta di una normativa che, com'è stato esattamente osservato in dottrina, «è ispirata a finalità protettive, anziché di ritorsione promozionale», nei confronti di alcuni stranieri: quelli extracomunitari legalmente residenti o soggiornanti in Italia⁴⁷.

Non è ovviamente possibile approfondire qui l'intero contenuto del TUI, materia che ha già formato oggetto di pregevoli studi in dottrina⁴⁸. Qui, basti

osservare che, recependo norme e posizioni già oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, la legge 6 marzo 1998, n. 40, è stata poi trasfusa nel *d.legisl.* 25 luglio 1998, n. 286, recante il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (in *G.U.* 18 agosto 1998, n. 191, suppl. ord. n. 139/L). Il quadro è stato successivamente completato attraverso l'introduzione del regolamento di attuazione del testo unico con d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394⁴⁹.

L'art. 1 TUI stabilisce che la nuova legge si applica, «in attuazione dell'art. 10, II comma, della Costituzione, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri». E ancora l'art. 2 distingue opportunamente tra «straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato» e «straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato».

A tale riguardo, l'art. 2, II comma, TUI, stabilisce che «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato goda dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e la presente legge dispongano diversamente. Nei casi in cui la presente legge o le Convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità» e, dunque, non in ogni caso, come ritenebbe chi si limitasse ad una lettura superficiale dell'art. 16 preleggi sopra richiamato, «essa è accettata secondo i criteri e le modalità previsti dal regolamento di attuazione». Ed il regolamento di attuazione prevede appunto che l'accertamento di cui al I comma, non è richiesto per i cittadini stranieri titolari della carta di soggiorno (...), nonché per i cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi umanitari e per motivi di studio, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno» (art. 1 TUI).

Si prevede in sostanza che il cittadino extracomunitario titolare della carta di soggiorno o di regolare permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, lavoro autonomo e familiari gode dei diritti civili senza che vi sia necessità di verificare l'esistenza della condizione di reciprocità. Questa, viceversa, dovrà essere accertata per gli stranieri extracomunitari persone fisiche non soggiornanti in Italia, ovvero per coloro che in Italia soggiornano non regolarmente e per coloro che non siano muniti della carta e del permesso di soggiorno, o per non avendo chiesto o perché sia stato loro rifiutato⁵⁰. Per le stesse ragioni, la reciprocità non andrà dimostrata dagli apolidi e dai rifugiati residenti in Italia regolarmente residenti da almeno tre anni in Italia.

⁴⁵ L'argomento v. GIULIANO M., *Lo straniero nel diritto internazionale*, in *Comun. intern.*, 1981, 329. Cfr. il parere del Cons. Stato, sez. I, 15 giugno 1994, n. 626, in *Foro amm.*, 1995, 2298. In passato, si è giunti persino a rilevare - v. T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, Bologna, 8 aprile 1995, n. 210, in *Foro amm.*, 1996, 1102 - la legittimità del diniego di permesso di soggiorno per lavoro autonomo di un cittadino cinese, sia pur regolarmente presente in Italia, per mancanza di condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi.

⁴⁶ Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, emanato con *d.legisl.* 25 luglio 98, n. 286, e successive modifiche.

⁴⁷ BARELLI B., *Art. 16*, 48.

⁴⁸ Cfr. *supra*, nt. 2, con particolare riferimento ai lavori di Nascimbene B.

⁴⁹ Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero a norma dell'art. 1, VI comma, *d.legisl.* 25 luglio 1998, n. 286, in *G.U.* 3 novembre 1999, n. 258, suppl. ord. n. 190/L.

⁵⁰ App. Milano 22 giugno 1999, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2000, 1093.

Non è "straniero", invece, il pluricittadino che possiede la nazionalità italiana, in quanto «[s]e la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale» (art. 19 legge 31 maggio 1995, n. 218).

La condizione di reciprocità dovrà invece essere sempre verificata per le persone giuridiche straniere extra-comunitarie, salvo eccezioni derivanti dal diritto internazionale.

6. La prova della sussistenza della condizione di reciprocità.

Posto che l'art. 24 Cost. ha pacificamente definito lo straniero al cittadino per quanto concerne la possibilità di agire in giudizio in Italia per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ne è seguito il corollario secondo il quale il requisito della reciprocità è una questione di merito e non di giurisdizione⁵¹. La reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, pertanto, è relativa solo ai singoli diritti civili che lo straniero voglia concretamente fare valere in giudizio⁵².

Una giurisprudenza costante, prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, aveva indicato che, laddove trovasse applicazione l'art. 16 preleggi, incombeva sullo straniero la prova che il trattamento degli Italiani nello Stato cui appartiene soddisfa la condizione di reciprocità rispetto al diritto che intende esercitare in Italia⁵³.

Il trattamento processuale delle questioni di cui all'art. 16 preleggi veniva ridotto a mera applicazione dell'art. 2697 c.c., trattandosi per lo straniero di giustificare il fondamento della propria pretesa e perciò il giudice italiano, in base all'art. 115 c.p.c., sarebbe rimasto "tendenzialmente spettatore"⁵⁴. Questo atteggiamento della giurisprudenza non è *de minimis*, giacché, difendendo la prova della reciprocità, la domanda attorea finiva con l'essere respinta nel merito in quanto il diritto invocato dallo straniero "anche se esistente, risulta vuoto di contenuto, non potendo godere di tutela giurisdizionale... [e] se diritto

è tutela di un fatto, quello dello straniero che non sia in grado di provare la reciprocità si riduce a non diritto"⁵⁵.

E da ritenere che, oggi, il principio *intra nonis curia* di cui all'art. 14 della legge 31 maggio 1995, n. 218, abbia in gran parte sollevato lo straniero dall'onere della prova della reciprocità giacché, in base al I comma di detto articolo «[l]'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate». E ciò farà valorizzando il ruolo attivo delle parti che potranno (e non più dovranno) fornire *affidantibus* pareri di esperti ed ogni altro mezzo utile all'acquisizione di informazioni sul diritto straniero⁵⁶. Se così è, la verifica della condizione di reciprocità ex art. 16 preleggi segue *de plano*, giacché spetta al giudice italiano che sia "fatta salva la prevalenza... delle norme italiane che, in consistenza con la legge straniera" (art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218).

La soluzione appena prospettata ha evidenti riflessi per la prassi notarile. Il regolamento di attuazione del TUI prevede che «[a]i fini dell'accertamento della condizione di reciprocità, nei casi previsti dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (...), il Ministero degli affari esteri, a richiesta, comunica ai notai ed ai responsabili dei procedimenti amministrativi che ammettono gli stranieri al godimento dei diritti in materia civile i dati relativi alle verifiche del godimento dei diritti in questione da parte dei cittadini italiani nei paesi d'origine dei suddetti stranieri» (art. 1, I comma, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, modificato con le disposizioni del d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334). Pertanto, non vi sono dubbi che sussista un obbligo in capo al notaio di verificare la sussistenza della condizione di reciprocità. In estrema sintesi, l'accertamento sarà immediato per i cittadini comunitari, in base agli artt. 49, 56 e 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Analoga soluzione si avrà per i cittadini dello Spazio Economico Europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia), in base agli artt. 31, 33 e 34 dell'Accordo medesimo.

Per i cittadini extracomunitari occorrerà, invece, verificare con cura se siano titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo, per motivi di lavoro subordinato o autonomo, per motivi di studio, di famiglia o umanitari. Per gli apolidi (ex art. 7 della Convenzione relativa allo *status* di apolidi, adottata a New York il 28 settembre 1954) ed i rifugiari (ex art. 7.2 della Convenzione di

⁵¹ Cfr. in questo senso: Cass. S.U. 3 febbraio 1986, n. 699, in *Foro it.*, 1986, I, 2830; in *Riv. intern.*, 1990, 714. In dottrina, cfr. MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, 76 ss. e, da ultimo CAMPBIS G.-DE PAULI A., *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova, 2009, 238 ss.

⁵² In caso di controversie, in quanto questione preliminare di merito relativa all'accertamento di circostanze di fatto, grava perciò sull'attore straniero, che intende avvaltersi in Italia, l'onere di dimostrare la sussistenza della condizione di reciprocità. In questo senso: App. Genova 28 aprile 1993, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1993, 734.

⁵³ Cfr., fra le tante, Cass. 15 giugno 2000, n. 8171, in *Notau gir. civ. comm.*, 2001, I, 190.

⁵⁴ Così CAMPBIS G.-DE PAULI A., *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, 242.

⁵⁵ CAMPBIS G.-DE PAULI A., *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, 242.

⁵⁶ In questo senso v. Cass. 24 gennaio 2009, n. 14777, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2010, 717.

Ginevra del 28 luglio 1951 relativo allo *status* dei rifugiati) occorrerà, altresì, verificare che i medesimi risultino regolarmente residenti nel territorio italiano da almeno tre anni. Se poi, lo straniero extracomunitario sia privo di un titolo di soggiorno come quelli appena menzionati, occorrerà verificare se sia in vigore un accordo avente ad oggetto i diritti civili tra il suo paese e l'Italia (caso della reciprocità diplomatica di cui si è detto sopra). Diversamente, occorrerà effettuare specifiche e più dispendiose indagini, anche eventualmente acquisendo il parere di esperti, al fine di accertare se sia verificata o meno la condizione di reciprocità.

7. Dei limiti di origine comunitaria (UE) ed interstatale.

Ulteriori limiti all'operatività della norma imperativa generale di cui all'art. 16 preleggi, *ratione personae et ratione materiae*, si rinvencono attraverso il suo coordinamento con altre norme di origine comunitaria ed interstatale suscettibili di incidere sull'attività economica dello straniero.

Sul piano del diritto dell'Unione europea risulta ormai pacifico che l'art. 16 preleggi non possa essere invocato contro i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, in applicazione degli artt. 18 ss., 49, 56 e 63 TFUE, norme che hanno sancito definitivamente ogni divieto di discriminazione, specialmente in materia di reciprocità⁵⁷. Oltre alla cittadinanza europea, i principi in materia di libera circolazione delle persone, di stabilimento e di prestazione di servizi si pongono in contraddizione con la norma di cui all'art. 16 preleggi e quindi prevalgono senz'altro (salve le eventuali disposizioni più favorevoli) su di essa con tutta la forza e l'efficacia del diritto comunitario. La recente riformulazione dell'art. 6 TFUE, attraverso il Trattato di Lisbona, ha perfino richiamato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, sicché non possono più sussistere dubbi rispetto ai cittadini comunitari.

Va segnalato, in particolare, l'art. 17 della Carta, ai sensi del quale: «[o]gni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla

legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta».

Si tratta di una norma corrispondente a quella prevista all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU)⁵⁸, trattato che prevede, tra l'altro all'art. 14 un generale principio di non discriminazione sulla base della nazionalità delle persone.

Ma anche da questa angolazione valgono, *mutatis mutandis*, le considerazioni più generali, già svolte a proposito dei limiti costituzionali, sia con riferimento al principio di uguaglianza, sia con riferimento alla tutela del diritto di proprietà. Sotto il primo profilo, non vi sono dubbi in merito alla uguaglianza di trattamento degli stranieri e degli italiani in materia di godimento dei diritti fondamentali; né dovrebbero esserci dubbi allorché quando si parli di regolamentazione del diritto di disporre e godere da parte di privati dei loro beni, siano essi italiani o stranieri. Senonché, anche in questi casi, si tratta sempre di godimento di diritti di proprietà legittimamente acquisiti e, poiché l'art. 16 preleggi incide proprio sul momento acquisitivo di tali diritti, se ne deve dedurre ancora una volta la sua legittimità⁵⁹.

Le pronunce delle Corti europee dei diritti dell'uomo, adottate a seguito di ricorsi individuali proposti avverso lo Stato italiano per presunte violazioni di diritti garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani non hanno mai messo in discussione, così ci sembra, il suddetto principio. Per quanto riguarda i limiti di applicazione derivanti da accordi interstatali in vigore per l'Italia, non v'è dubbio che questi ultimi prevalgano sulle

⁵⁷ La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848 (in *G.U.* 24 settembre 1955, n. 221); il deposito della ratifica italiana è avvenuto il 26 ottobre 1955 (in *G.U.* 24 novembre 1955, n. 255). La letteratura sulla Convenzione è vastissima. Si veda, *ex multis*, CONFORTI B.-BARTOLE S.-RAMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001. Piuttosto, l'analisi della giurisprudenza della Corte Europea per i diritti umani permette di evidenziare una particolare attenzione e la sensibilità dei giudici di Strasburgo in tema di divieto di espulsione verso paesi in cui si pratica la tortura o si infliggono pene o trattamenti umani e degradanti (art. 3 CEDU), di diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), di garanzia della tutela giurisdizionale dello straniero sottoposto a trattamento in vista dell'espulsione (art. 5 CEDU).

⁵⁸ Cfr. tuttavia GIARDINA A., *Dell'applicazione delle legge in generale* (art. 16), 16. In argomento v. CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, 47; PADDELLI M.L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003. Va poi aggiunto che la protezione internazionale dei diritti dell'uomo si è sviluppata attraverso una serie di accordi internazionali ad ampio tematico specifico e a vocazione regionale o universale. In argomento cfr. *ex multis*, CASSER A.-GARITA P., *Diritto internazionale*, Bologna, 2008, nonché il database a cura dell'Università di Padova al sito: <http://unipd-centrodirittohumani.it/it/database/Presenzione-del-database/> 289. Ciononostante, in materia di proprietà privata bastano le considerazioni fin qui svolte.

⁵⁹ È ben noto, infatti, che il Trattato di Maastricht ha introdotto la "cittadinanza europea" che ha ricevuto nuova e più ampia sistemazione agli artt. 18-25 del TFUE. In dottrina cfr., *ex multis*, TIZZANO A.-ADAM R., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010; TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010; DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010. Cfr. ad esempio C. giust. CE 15 dicembre 2005, n. 258, in *Dir. e giust.*, 2005, 41.

corrispondenti norme di cui all'art. 16 preleggi in virtù del principio di specialità.

Così, occorre verificare se lo Stato di cui lo straniero è cittadino abbia concluso un accordo internazionale in materia di diritti civili con l'Italia. Qualora siffatto accordo fosse in vigore, esso dunque prevarrà sull'art. 16 preleggi, in virtù del principio di specialità, e quindi, la condizione di reciprocità richiesta verrà derogata dalle corrispondenti norme dell'accordo internazionale.⁶⁰

Tale è il caso dei cittadini degli Stati con i quali sia in vigore un accordo bilaterale sulla protezione degli investimenti⁶¹ ovvero altre categorie di accordi internazionali quali ad esempio, gli accordi di stabilimento ed i trattati di amicizia, commercio e navigazione.

Questa verifica viene facilitata dal Ministero degli Affari Esteri. Detto Ministero diffonde sul proprio sito internet la situazione aggiornata in tempo reale della "verifica della condizione di reciprocità... in materia di acquisti immobiliari e costituzione e/o partecipazione societaria"⁶².

Inoltre, come si è già anticipato, la condizione di reciprocità non colpisce gli apolidi ed i rifugiati. Per i primi, infatti, l'art. 16 preleggi viene superato

⁶⁰ Cfr. ad esempio Trib. Torino 30 novembre 1988, in *Impresca*, 1992, 3021, ove la nomina italiana sul diritto d'autore (artt. 2575 ss. c.c.; art. 1 ss., legge 22 aprile 1941, n. 633) è stata ritenuta applicabile in favore di un cittadino cecoslovacco residente in Italia, in quanto la Cecoslovacchia era Parte contraente delle convenzioni internazionali sulla tutela del diritto d'autore ed offriva nel suo ordinamento analoga tutela in base alla sua legislazione interna del 25 marzo 1965. Per queste ed altre questioni v. il dr. GIULIANO M. POCAR F. - IREYES T. - CHERICI R. - DE CESSARI P. - ROMBETTA PANGADI F. (a cura di), *Codice delle convenzioni di diritto internazionale e processuale* a cura, Milano, 1999, nonché il sito del Ministero degli Esteri per gli aggiornamenti.

⁶¹ Trib. Como 5 aprile 1994, in *Vita not.*, 2, I, 620-625 con nota adesiva di Carlo E. Tale sentenza affronta e risolve in senso positivo il problema della sussistenza della reciprocità con la Cina. Essendo in vigore l'accordo bilaterale italo-cinese per la protezione e la promozione degli investimenti, del 28 gennaio 1985, la capacità giuridica per la costituzione di società da parte di cittadini cinesi residenti in Italia, non viene incisa dall'art. 16 disp. prel. c.c. Ne segue che, in deroga a quanto previsto all'art. 16 preleggi, i cittadini cinesi possono costituire società in Italia, a prescindere dalla sussistenza o meno della condizione di reciprocità.

⁶² V. il sito http://www.esteri.it/MAE/IT/Ministero/Servizi/Stranieri/Elenco_Paesi.htm (consultato il 10 dicembre 2010). Negli ultimi anni tali pareri hanno riguardato gli acquisti immobiliari, l'accesso ai mutui, all'edilizia popolare ed al "Fondo di garanzia per le vittime della strada", l'esercizio delle attività autonome e delle libere professioni, nonché la costituzione e/o la partecipazione societaria. Nella redazione dell'elenco relativo alla verifica della condizione di reciprocità in materia di acquisti immobiliari non vengono però fornite indicazioni in merito ai mutui ipotecari che, ove non diversamente indicato, non necessitano di un ulteriore accertamento, essendo tali atti collegati alle operazioni di acquisto. Per quanto riguarda, invece, la proporzionalità dell'azione civile per i risarcimenti dei danni subiti dal cittadino extracomunitario, appare utile ribadire che lo straniero può agire per il risarcimento del danno in qualsiasi caso ex art. 24 della Costituzione italiana. Cfr. RIZZO A., *Alcune brevi considerazioni sulla condizione di reciprocità*, in *Rev. not.*, 1997, I, 809-813.

dall'art. 7 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954 e resa esecutiva in Italia con legge 1° febbraio 1962, n. 306, laddove l'apolide risulti regolarmente residente in territorio italiano da almeno tre anni.

Analogo discorso vale per i rifugiati, grazie all'art. 7, § 2, della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722, sempreché i medesimi risultino regolarmente residenti in territorio italiano da almeno tre anni.

Va infine osservato che, nell'epoca in cui viviamo, sono possibili ulteriori restrizioni alla validità degli atti, restrizioni di origine internazionale che ricollegandosi alla imposizione di sanzioni internazionali di fonte internazionale e comunitaria potrebbero operare anche una volta risolta in senso affermativo la questione della reciprocità ex art. 16 preleggi.

Ciò accade quando il notaio interverrà per la conclusione di atti che realizzano la messa a disposizione di risorse economiche a persone fisiche o giuridiche incluse nelle cosiddette *blacklists*, ossia elenchi di presunti terroristi adottati in ambito comunitario, anche su indicazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.⁶³

Esemplare in questo senso è la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee dell'11 ottobre 2007 relativa al caso *Möllendorf* (causa C-117/06) la cui massima recita quanto segue:

«L'art. 2, n. 3, del Regolamento n. 881/2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Taliban e abroga il Regolamento n. 467/2001, che vieta l'esportazione di talune merci e servizi in Afghanistan, inasprisce il divieto dei voli e estende il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie nei confronti dei Taliban dell'Afghanistan, come modificato dal Regolamento n. 561/2003, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui tanto il contratto di compravendita di un bene immobile quanto l'accordo sul trasferimento della proprietà di tale bene siano stati conclusi prima della data di iscrizione dell'acquirente nell'elenco di cui all'art. 1 del detto Regolamento n. 881/2002, e in cui il prezzo di vendita sia stato del pari pagato prima di tale data, la detta disposizione vieta la trascrizione definitiva, in esecuzione del contratto summenzionato, del trasferimento di proprietà nel registro fondiario successivamente a tale data.

⁶³ Il tema è particolarmente vasto e si rinvia a MARRELLA F., *L'individuazione et le droit international économique*, in SORRE J.-M., *Le droit international économique à l'heure de XXI^e siècle*, Paris, 2009, 191-238, nonché, ex multis, LUGATO M., *Sono le sanzioni individuali del Consiglio di Sicurezza incompatibili con le garanzie procedurali?*, in *Rev. dir. intern.*, 2010, 309 ss., ove ulteriori riferimenti. Cfr. il database (http://ec.europa.eu/external_relations/sd/sanctions/consol_list_en.htm) curato dalla Commissione europea ed il sito della Unione di Informazione Finanziaria (UIF) al sito <http://www.banccaditalia.it/UIF>.

Da un lato, infatti, la detta norma si applica ad ogni caso in cui sia messa a disposizione una risorsa economica, e dunque anche ad un atto che consegue all'esecuzione di un contratto sinallagmatico, per il quale il consenso è stato prestato in cambio del pagamento di una contropartita economica.

Dall'altro lato, l'art. 9 dello stesso regolamento va interpretato nel senso che le misure imposte da quest'ultimo, tra cui il congelamento delle risorse economiche, vietano altresì il compimento di atti esecutivi di contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore di detto regolamento.⁶⁴

Pertanto, anche per un atto rispetto al quale la condizione di reciprocità fosse verificata, occorrerà verificare l'assenza di ulteriori misure restrittive di natura imperativa di origine nazionale, comunitaria o internazionale.

8. Reciprocità e persone giuridiche straniere.

L'art. 16, II comma, delle disposizioni sulla legge in generale dichiara applicabile alle persone giuridiche straniere il I comma di detto articolo e presuppone per la sua applicabilità il fatto che l'ente, per il quale vengono invocati i diritti civili italiani, sia già un soggetto di diritto secondo l'ordinamento giuridico dello Stato estero in cui l'ente è sotto.⁶⁵

La creazione di società ed altre persone giuridiche, la loro anatomia, il loro modo di essere, la stessa possibilità di avere un proprio patrimonio distinto ed autonomo da quello dei soci, dipendono necessariamente dall'ordinamento

⁶⁴ C. giust. CE 11 ottobre 2007, causa C-117/06, in *Recat.*, 2007, I-08361. V. punti 56, 62, 80 e dispositivo.

⁶⁵ In argomento v. in particolare: SANTAMARIA A., *Le società nel diritto internazionale privato*, 2ª ed., Milano, 1973; ANGELICI C., *Profilo transnazionale della responsabilità degli amministratori nella crisi dei gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 24; BIGNAMI B., *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine società*, in *Riv. soc.*, 1980, 121; BISCARRETTI DI RUFFIA C., *Sul riconoscimento della personalità giuridica in Italia di un'azienda titolare di un brevetto per invenzione industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 481; CALO F., *Esiste ancora la condizione di reciprocità?*, in *Vita not.*, 1986, 632; CASSONI G., *Lex, fori e presupposti di personificazione dell'ente straniero*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 2003; DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt e responsabilità illimitata del suo fondatore: un compromesso che non comincia*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 536; LIZZATTO R., *Anstalt, impresa fiduciaria*, in CARNEVALI U. (a cura di), *Dizionario di diritto commerciale*, Milano, 1981, 799; LIZZATTO R., voce "Persona giuridica (diritto internazionale privato)", in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 276; PICONE P., *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di Anstalt e Treuhandman nell'ordinamento italiano*, in *Studi internazionali*, 1978, 83; COSCIA G., *Il riconoscimento delle persone giuridiche straniere*, Milano, 1984; RAGUSA MAGGIORE G., *Trasformazione dell'Anstalt in società per azioni e rinvio dell'ordinamento straniero per la sopravvivenza o lesione dell'ente originario*, in *Dir. fall.*, 1985, II, 697; BALLARINO I., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1995, 3-212; SANTAMARIA A., voce "Società (diritto internazionale privato e processuale)", in *Enc. giur. Treccani*, 1998; SANTAMARIA A., *Diritto commerciale europeo*, 3ª ed., Milano, 2008.

statale che attribuisce loro la personalità giuridica. Così, le società di capitali (al pari delle altre persone giuridiche ed a differenza delle persone fisiche) esistono solo in quanto un determinato ordinamento statale ne ha permesso la costituzione e ne regola il funzionamento.

Allorché le attività delle società di capitali ed altre persone giuridiche si sviluppano oltre le frontiere nazionali e si manifestano degli elementi di estraneità rispetto all'ordinamento statale dal cui punto di vista ci si colloca per esaminare la fattispecie concreta, si pongono almeno due problemi: quello di individuare la nazionalità e quello di individuare il diritto ad esse applicabile (c.d. *lex societatis*)⁶⁶.

In materia di nazionalità, va osservato che le indagini dottrinali e la prassi di molti Stati si sono sviluppate avendo a mira lo statuto personale delle persone fisiche, sicché è parso ovvio che, avendo gli individui una cittadinanza, lo stesso valesse per le persone giuridiche, parlando di più propriamente in questo caso di "nazionalità". Ma, anche in questa materia, si è dimostrato evidente che la *factio iuris* della personalità giuridica delle società di capitali regge male il confronto con la personalità giuridica delle persone fisiche.⁶⁷

Così, nell'ortica degli Stati *uti singulis*, a differenza del concetto di cittadinanza delle persone fisiche, la "nazionalità" delle persone giuridiche è un carattere che può essere attribuito o negato a seconda dello scopo da perseguire attraverso quelle (rare) norme che a tale carattere fanno riferimento. In altre parole, ciascun ordinamento statale, tramite norme unilaterali, distingue ai propri fini le società nazionali da quelle straniere per l'ammissione a determinate attività, per acquistare beni immobili, per controllare una società privatizzata e così via.⁶⁸

Così, dal punto di vista del nostro ordinamento, sono ritenute italiane le

⁶⁶ In argomento si rinvia per più ampie considerazioni a GALGANO F.-MARELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*.

⁶⁷ In argomento si registra, ovviamente, un ampio dibattito dottrinale. Cfr. ad esempio TRAVERS M., *La nationalité des sociétés commerciales*, in *Corsi Alta*, 1930-III, v. 33, 1-111; CAPOROTTI F., *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; LEANZA U., voce "Società straniere", in *Ns. D.I.*, XVII, 1957, 693-707; GIARDINA A., *Dell'applicazione delle leggi in generale* (art. 16), 27 ss., nonché GALGANO F.-MARELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, 130 ss., ove ulteriori riferimenti. Osservava esattamente il RABEL E., *The conflict of laws. A comparative study*, 19; che: «[t]he conflicts problems of what law governs the existence and activities of a corporation, are soluble without any regard to the concept of nationality and must be solved separately from all municipal rules. Under this aspect, a corporation is called foreign when it is considered governed by the law of a foreign state... But when recognition of foreign corporations and, in the more frequent cases, when carrying on of business is made dependent on reciprocity or on some kind of authorization, it may be relevant to state to which particular country a corporation is considered to belong».

⁶⁸ Il diritto applicabile alla nazionalità di una società di capitali è perciò quello dello Stato dal cui punto di vista ci si colloca per esaminare tale questione.

società costituire in Italia ed aventi sede nel territorio italiano, anche se svolgono la loro attività interamente all'estero⁶⁹. A differenza di quanto avviene in altri paesi, le società straniere sono riconosciute automaticamente in Italia con i caratteri e nei limiti fissati dall'ordinamento straniero che ha conferito loro la soggettività giuridica⁷⁰.

Oggi, ancor più che in passato, con l'avanzare della mondializzazione, sembra particolarmente raro imbarcarsi in normative che facciamo perno sulla nazionalità delle persone giuridiche, anche in considerazione del fatto che la loro composizione sia "fisica" (i soci, gli amministratori, i dipendenti) che patrimoniale diviene sempre più multinazionale.

Nel diritto del commercio internazionale, la nazionalità delle società commerciali acquista però particolare rilevanza in materia di protezione diplomatica⁷¹, con riferimento alle Convenzioni multilaterali (cfr. ad esempio la Convenzione di Washington del 18 marzo 1965) e bilaterali⁷², *inter alia*, in materia di investimenti esteri, nonché nell'analisi delle norme in materia di embargo e di sanzioni economiche internazionali in genere.

⁶⁹ V. in questo senso, da ultimi, BALLARINO T.-MILAN D., *Corso di diritto internazionale privato*, Padova, 2006, 112, i quali osservano che «poiché l'iscrizione (artt. 2196 e 2296 c.c.) o il deposito dell'atto costitutivo, per cura del notaio che lo ha ricevuto (art. 2330 c.c.), devono avvenire presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, il luogo delle registrazioni diviene il luogo di costituzione ed è escluso che una società possa essere considerata italiana - come statuto personale e nazionalità - senza che abbia sede in Italia».

⁷⁰ In argomento cfr., tra gli altri, SANTA MARIA A., *Diritto commerciale europeo*, 42 ss. Dopo lunghe incertezze, i principi di cui sopra sono stati applicati anche alle *Austrianer del Liechtenstein* abbandonando, sulla scia dell'introduzione anche in Italia delle società unipersonali, la tesi del l'abuso della personalità giuridica e del contrasto di detti enti con l'ordine pubblico internazionale italiano. In argomento cfr. BALLARINO T., *Le società per azioni*, 48 ss. V. altresì, una sentenza rimasta isolata del Trib. Roma 11 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 351, con nota critica di Calandra Buonaura V. che, con riferimento ad una società cooperativa straniera, ha stabilito, *inter alia*, che questo tipo di enti stranieri va trattato, a condizione di reciprocità, alla stregua delle cooperative nazionali, ancorché non iscritte nel registro prefettizio e nello schedario generale della cooperazione.

⁷¹ In argomento cfr. BATTAGLINI G., *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957; DE VISSCHER C., *La protection diplomatique des personnes morales*, in *Corsi Aja*, 1961, v. 102, 446 ss., nonché MANN F., *The Protection of Shareholders' Interests in the light of the Barcelona Traction case*, in *AJIL*, 1973, 259 ss.; SEIDL-HOHENVELDERN I., *The impact of public international law on conflicts of law rules on corporations*, in *Corsi Aja*, 1968-I, v. 123, 1-116; DIEZ DE VELASCO M., *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, 1974-I, v. 141, 87-186; FRANCONI F., *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979; nonché CONDORELLI L., *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *Rev. dir. intern.*, 2003, 5 ss.

⁷² Cfr. sul punto già BATTAGLINI G., *La protezione diplomatica delle società*, 283 ss.; QUADRÌ R., *Diritto internazionale pubblico*, 659 che, dubitando se nel diritto internazionale generale si possa parlare di una nazionalità delle persone giuridiche e dunque esercitare una protezione diplomatica prevista a rigore solo per gli individui, ritiene che ciò possa senz'altro essere prevista al livello del diritto convenzionale.

Senonché, anche se la questione del riconoscimento di personalità giuridica (come pure quella, diversa, della *lex societatis*) è agevolmente risolta dal nostro ordinamento, l'art. 16 preleggi viene ad imporsi quale norma imperativa (di applicazione necessaria, come si è detto sopra) sugli atti compiuti dalla società straniera in Italia provocando, se la condizione di reciprocità non è soddisfatta, la nullità dei medesimi atti. Qui, non si tratta di rapporti endosocietari, bensì di tutti gli atti di diritto privato tra la società (o altra persona giuridica) ed i terzi: questi atti vengono incisi dall'art. 16 a prescindere dalla legge loro applicabile risultando nulli per contrasto con una norma di applicazione necessaria quale è l'art. 16 preleggi.

La reciprocità, pertanto, andrà ricercata avvalendosi dell'ausilio del Ministero degli esteri e di esperti di diritto internazionale, anche al fine di superare la norma *de qua* attraverso eventuali accordi bilaterali in vigore per l'Italia.

Più complessa è la questione dell'eventuale "nazionalità europea" delle società. Il TFUE non contiene specifiche norme in materia anche se il giudice comunitario sembra utilizzare a questi fini gli artt. 43 e 48 Trattato CE (diventati artt. 49 e 54 TFUE a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona) in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. L'art. 48 del Trattato CE - divenuto ora l'art. 54 del TFUE - infatti, equipara, ai fini del diritto di stabilimento "primario", le società costituite secondo la legge di uno Stato membro con sede sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale all'interno della Comunità, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Non è chiaro, tuttavia, se tramite detta "equiparazione" si pervenga all'attribuzione di una nazionalità europea avente, per così dire, valenza più estesa di quella del mero godimento della libertà di stabilimento. Manca altresì quel minimo grado di precisione che caratterizza le norme di conflitto⁷³. Non è chiaro, per altro verso, se il GEIE come la società per azioni europea (SE) e la società cooperativa europea (SCE) possedano, *ipso facto*, una "nazionalità europea". I Regolamenti comunitari istitutivi di tali enti, infatti, non regolano la questione bensì indicano che: il GEIE deve possedere la sede fissata nel contratto di gruppo all'interno della UE, ove il gruppo ha l'amministrazione centrale "oppure nel luogo in cui uno dei membri del gruppo ha l'amministrazione centrale o, se si tratta di una persona fisica,

⁷³ Criteri più precisi, infatti, si rinvencono nel Regolamento (CEE) n. 4057/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativo alle pratiche tariffarie sdoganali nei trasporti marittimi. Qui, all'art. 3, lett. d), si definiscono gli "armatori comunitari": "tutte le compagnie di navigazione mercantile stabilite ai sensi del trattato in uno Stato membro della Comunità; cittadini di Stati membri stabiliti fuori della Comunità e compagnie di navigazione mercantile stabilite al di fuori della Comunità e controllate da cittadini di uno Stato membro, se le loro navi sono registrate in uno Stato membro in conformità con la legislazione di quest'ultimo" (e v. in senso analogo l'art. 2, lett. e), del Regolamento n. 2343/90 del 24 luglio 1990 sull'accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie di servizio aereo di linea e sulla ripartizione della capacità passeggeri fra vettori aerei nei servizi aerei di linea tra Stati membri).

l'attività a titolo principale, purché il gruppo vi svolga un'attività reale" [art. 12, Regolamento 2137/85 CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)]. Disposizioni analoghe si rinvennero circa la SE e la SCE.

A prescindere dalle discussioni di cui sopra, su cui occorrerà attendere il vaglio della giurisprudenza, resta comunque sicuro il principio secondo il quale le società comunitarie sono parificate alle persone fisiche-cittadini comunitari.

Va, infine, ricordato che la disciplina dell'attività in Italia delle società straniere in Italia viene regolata altresì attraverso le norme di cui agli artt. 2507 ss. In particolare, l'art. 2510 c.c., sopravvissuto alla recente riforma societaria, stabilisce che «sono salve le disposizioni delle leggi speciali che vietano o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinare attività da parte di società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri». Questa norma possiede oggi un campo di applicazione ristretto a poche fattispecie ove vengono imposti requisiti di nazionalità ai proprietari di navi ed aeromobili iscritti nei registri italiani (artt. 143 e 751 codice della navigazione). Si ritiene, in linea con la dottrina classica, che per non frapporre eccessivi ostacoli all'investimento di capitali esteri in Italia, gli interessi stranieri di cui si tratta debbano essere prevalenti ai fini dell'applicazione della norma.

9. Costituzione e partecipazione di cittadini stranieri in società italiane.

In linea di principio, le persone fisiche e giuridiche straniere che vogliono intraprendere un'attività in Italia possono costituire *ex novo* una società (o altro ente dotato di personalità giuridica) ovvero assumere delle partecipazioni al capitale sociale di una società italiana già esistente. In tal caso, la società costituita o altro ente che soddisfi i requisiti di cui all'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218⁷⁴, sono da considerare, in se e per se, italiani a tutti gli effetti.

Come si è detto poc'anzi, l'art. 16 preleggi non trova applicazione nei confronti di cittadini comunitari, siano essi persone fisiche o giuridiche. Tali sog-

⁷⁴ Com'è noto, l'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, così recita: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. — 2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. — 3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati».

getti, infatti, beneficiano, *inter alia*, del diritto di stabilimento previsto all'art. 54 del TFUE e pertanto possono costituire, assumere partecipazioni e gestire società sul territorio italiano in posizione di parità con i cittadini italiani, potendo altresì creare agenzie succursali e filiali, beneficiando del trattamento nazionale.

Va anche ricordato che il TUI ha consentito agli stranieri (persone fisiche) extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia da almeno tre anni di partecipare a società italiane. Si applica in tal caso l'art. 26 TUI il quale dispone che «[i]n ogni caso lo straniero che intenda esercitare in Italia una attività industriale, professionale, artigianale o commerciale, ovvero costituire società di capitali o di persone o accedere a cariche societarie, deve altresì dimostrare di disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività che intende intraprendere in Italia; di essere in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio della singola attività, compresi, ove richiesti, i requisiti per l'iscrizione in albi e registri; di essere in possesso di una attestazione dell'autorità competente in data non anteriore a tre mesi che dichiara che non sussistono motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione o della licenza prevista per l'esercizio dell'attività che lo straniero intende svolgere»⁷⁵.

Anche in questo caso, i rifugiati e gli apolidi possono costituire società in Italia solo qualora siano regolarmente residenti da almeno tre anni ed analoghe considerazioni valgono ai fini dell'amministrazione e della rappresentanza legale di una società italiana.

Lo straniero extracomunitario persona giuridica o persona fisica, non regolarmente soggiornante in Italia, che desideri diventare socio o acquistare partecipazioni in società italiane, invece, lo potrà fare solo a condizione di reciprocità, come previsto dall'art. 16 preleggi⁷⁶.

La condizione di reciprocità dovrà quindi essere soddisfatta da ciascun socio straniero secondo quanto indicato ai paragrafi precedenti (e ferma restando la legge applicabile alla capacità) e la sua cittadinanza deve essere espressamente menzionata nell'atto costitutivo (v. ad esempio art. 2328 c.c.).

Se la reciprocità sussiste, il socio straniero viene equiparato al socio italiano e può anche risultare unico azionista ai sensi e per gli effetti dell'art. 2362 c.c.⁷⁷.

Restano ferme tutte le considerazioni in materia di diritti fondamentali, incluso quello di adire il giudice da parte del socio straniero alle stesse condizioni previste per il socio italiano. Così la Cassazione ha stabilito che, in una

⁷⁵ In materia di azione sociale contro gli amministratori, se la società ha la propria sede legale in Italia è competente il giudice italiano quando anche l'azione venga promossa contro amministratori stranieri (cf. Cass. 6 ottobre 1981, n. 5421) o residenti all'estero (Trib. Firenze 15 settembre 1976).

⁷⁶ Cf. Trib. Napoli 12 gennaio 1995, in *Scv.*, 1995, 953; Trib. Verona 11 aprile 1995, in *Scv.*, 1995, 953 con nota di Donnini A.

⁷⁷ La costituzione di una società di capitali interamente in mano straniera è dunque ammessa dall'ordinamento italiano.

società commerciale costituita in Italia tra cittadini italiani e stranieri, qualora l'atto costitutivo contenga una clausola compromissoria e gli arbitri nominati in virtù di essa abbiano declinato la loro competenza, il diritto di agire il giudice italiano risorge sia in favore del socio italiano che di quello straniero⁷⁸.

In conclusione, se la partecipazione di stranieri extracomunitari (non regolarmente soggiornanti in Italia) in società italiane è possibile solo a condizione di reciprocità, valgono, comunque, tutte le precisazioni in precedenza effettuate a proposito delle deroghe all'art. 16 in favore di cittadini di altri Stati UE, EFTA, di Stati con i quali è in vigore un trattato in materia di diritti civili, di apolidi e rifugiati e di stranieri regolarmente soggiornanti in Italia.

10. Conclusioni.

Da qualche tempo, qualcuno auspica l'opportunità di un'abrogazione dell'art. 16 preleggi al fine di sollevare molti operatori del diritto dalla verifica della condizione di reciprocità ed eventualmente dalla responsabilità civile del novero rogante in caso di nullità dell'atto concluso con cittadini stranieri.

Senonché, non essendosi verificata l'auspicata abrogazione, resta in vigore, tuttora, l'art. 16 preleggi trattandosi di una norma imperativa generale, a carattere residuale, di diritto positivo italiano. Anche se, rispetto al passato, il suo campo di applicazione ha subito un crescente ridimensionamento operato da norme costituzionali, dalle recenti norme in materia di immigrazione e trattamento degli stranieri, dal diritto dell'Unione europea e dai trattati multilaterali e bilaterali vigenti per l'Italia, la norma *de qua* costituisce una norma di applicazione necessaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218.

Essa è destinata ad applicarsi, in via principale, sia agli stranieri extracomunitari persone fisiche non regolarmente soggiornanti in Italia, sia alle persone giuridiche straniere e, comunque, a questioni quali, tra le altre, l'acquisto di proprietà immobiliari in Italia o la costituzione di società ed altre persone giuridiche nel nostro paese.

Va, infatti, ribadito che per "diritti civili" non si intendono tutti i diritti dei cittadini italiani, ma vi si comprendono, *inter alia*, determinare situazioni soggettive nascenti dai rapporti di diritto privato e relative alla sfera economica di ciascuno, a prescindere dai diritti politici. È pertanto fuori discussione che la condizione di reciprocità non debba essere verificata rispetto al godimento dei diritti inviolabili che la Costituzione ed i trattati internazionali in vigore per l'Italia, riconoscono ad ogni persona fisica ed anche giuridica.

⁷⁸ Cass. 4 maggio 2000, n. 5583.

CAPITOLO IX

ORDINE PUBBLICO "INTERNAZIONALE" E NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA

di
Nerina Boschiero¹

SOMMARIO. 1. Considerazioni introduttive. - 2. La dimensione "internazionale" dell'ordine pubblico nella giurisprudenza italiana e straniera. - 3. La funzione "positiva" dei principi di ordine pubblico a tutela di valori "assoluti" ed universali. - 4. L'"incerto" confine tra l'eccezione di ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria.

1. Considerazioni introduttive.

Questo scritto non ha alcuna pretesa di esautività né in relazione alle complesse tematiche sollevate dal limite dell'ordine pubblico, inneso tradizionalmente come limite all'operare delle norme di conflitto ogniqualvolta una data norma straniera o il riconoscimento di una data sentenza straniera risultino incompatibili con i principi fondamentali del sistema giuridico del foro, né in relazione a quelle poste dal limite delle norme di applicazione necessaria, concettive in genere come norme che estendono la propria sfera di applicazione ben oltre i casi nei quali dovrebbe trovare applicazione il diritto materiale interno sulla base del diritto internazionale privato del foro. Queste norme, dunque, si distinguerebbero dal limite dell'ordine pubblico per una intrinseca "rigidità", nel senso che richiedono di essere sempre e puntualmente rispettate nel territorio dello Stato cui appartengono. Invece, il limite dell'ordine pubblico si differenzerebbe per una intrinseca "elasticità" ed indeterminatezza, ponendo i valori che esso esprime essere attuati anche attraverso un diritto straniero richiamato dal diritto internazionale privato.

In estrema sintesi, le norme di applicazione necessaria non potrebbero "mai" subire deroghe da parte dei diritti stranieri: esse "sbilancerebbero" (per così dire) il gioco del diritto internazionale privato a favore del diritto interno, sacrificando in tal modo il valore dell'uniformità di regolamento nello spazio di una data situazione. Al contrario, il limite dell'ordine pubblico opererebbe "sempre" come un limite negativo a tutela di principi essenziali dell'ordinamento del foro,

¹ Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Milano.