

Publications de l'Institut suisse de droit comparé
Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung
Pubblicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato
Publications of the Swiss Institute of Comparative Law

33

Le norme imperative nel diritto internazionale privato

Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato

Andrea Bonomi



Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1998

INDICE-SOMMARIO

Abbreviazioni	VIII
Bibliografia	X
Introduzione	1

CAPITOLO PRIMO

LE NORME IMPERATIVE E LE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA POSITIVA

I. Le nuove disposizioni di diritto positivo sulle norme imperative e sulle norme di applicazione necessaria in Europa

A. *La Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*

1. I riferimenti alle disposizioni imperative nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali..... 9
2. Finalità della Convenzione e opportunità di privilegiare un criterio d'interpretazione teleologico..... 14
3. Le norme imperative come limite all'autonomia delle parti. Inopportunità di utilizzare la nozione di frode alla legge..... 17
4. Irrilevanza delle norme imperative ai fini della determinazione del collegamento più stretto. Impossibilità di tenerne conto attraverso la clausola d'eccezione dell'art. 4, par. 5 della Convenzione 25
5. Osservazioni conclusive sulle modalità d'intervento delle norme imperative nel sistema convenzionale e sulla loro idoneità a favorire il *dépeçage*..... 35

B. *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile e il riconoscimento del trust*

6. Le norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione dell'Aja sul *trust*..... 41

C. *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*

7. L'art. 17 della legge di riforma..... 43
8. Altre norme della legge di riforma che danno prevalenza alla *lex fori*; in particolare, la legge applicabile alla promessa di matrimonio e le misure urgenti per proteggere l'incapace..... 46
9. *Segue*: la tutela dei legittimari in caso di *professio iuris*..... 50

D. *La legge svizzera di diritto internazionale privato*

10. Norme imperative e altri strumenti di correzione del collegamento ordinario: riserva dell'ordine pubblico e clausola d'eccezione 53
11. Modalità di protezione del contraente debole..... 56
12. Inquadramento dogmatico delle altre disposizioni della LDIP che danno prevalenza al diritto interno 58

II. Norme di applicazione necessaria e metodo statutario nell'elaborazione dottrinale di alcuni paesi europei e degli Stati Uniti d'America

13. Il metodo bilaterale ispirato da SAVIGNY. Norme imperative e ordine pubblico nel pensiero di SAVIGNY e di MANCINI.....	63
14. Diffusione di una concezione negativa dell'ordine pubblico nella dottrina di alcuni paesi europei	68
15. Il crescente interventismo statale nei rapporti di diritto privato.....	73
16. Le <i>lois de police</i> e le leggi di applicazione immediata in Francia.....	76
17. Le norme di applicazione necessaria e le norme autolimitate nella dottrina italiana	78
18. <i>Eingriffsnormen</i> e <i>Sonderanknüpfung</i> nella dottrina tedesca	81
19. Diffusione della teoria delle norme di applicazione necessaria in altri paesi europei ed extraeuropei	86
20. La « Conflict-of-Laws Revolution » e il metodo statutario nel pensiero di CAVERS, CURRIE ed EHRENZWEIG	88
21. Analogie e differenze tra la teoria delle norme di applicazione necessaria e gli orientamenti metodologici prevalenti negli Stati Uniti d'America	97

III. La categoria delle norme di applicazione necessaria nella giurisprudenza italiana anteriore alla riforma

22. Le norme di applicazione necessaria nella giurisprudenza: alcuni cenni alla giurisprudenza svizzera e francese	100
23. Gli impedimenti applicabili nel caso di matrimonio di uno straniero in Italia	102
24. Le norme del codice civile sulla protezione del minore	104
25. La disciplina dell'adozione legittimante, prima e dopo la riforma del diritto internazionale privato	106
26. Il divorzio all'estero come motivo di divorzio in Italia.....	109
27. La disciplina del divorzio e il « diritto al divorzio ».....	111
28. Norme imperative in materia di contratti e di diritto dell'economia.....	114
29. Conclusioni e prospettive	116

IV. Influenze del diritto comunitario sulla categoria delle norme di applicazione necessaria

30. Rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale privato: in particolare, influenza del diritto comunitario sulla categoria delle norme di applicazione necessaria.....	120
31. Norme comunitarie internazionalmente imperative	121
32. Applicazione necessaria di norme interne attuative di una direttiva comunitaria	123
33. Imperatività internazionale di norme interne per « investitura comunitaria ».....	127
34. Limiti posti dal diritto comunitario all'attribuzione dell'imperatività internazionale a norme interne di uno Stato membro	130

CAPITOLO SECONDO
DETERMINAZIONE DI UN CONCETTO POSITIVO
DI NORMA DI APPLICAZIONE NECESSARIA.
PRECISAZIONI E IMPLICAZIONI

1. Esigenza di determinare un concetto di norme di applicazione necessaria sulla base del diritto positivo	138
A. Imperatività delle norme di applicazione necessaria	
2. Rapporto tra le disposizioni imperative di diritto interno e le norme di applicazione necessaria. Esclusione della possibilità di ascrivere alla categoria una norma dispositiva	139
B. Carattere derogatorio delle norme di applicazione necessaria rispetto alle ordinarie norme di conflitto	
3. Funzione delle norme che prevedono la categoria delle norme di applicazione necessaria.....	143
4. Norme di applicazione necessaria come espressione di una tecnica concorrente a quella delle regole di conflitto bilaterali.....	146
5. Concetto di deroga e sua applicazione alla categoria in esame.....	149
6. Le norme di applicazione necessaria e il metodo detto « dell'applicazione generalizzata della <i>lex fori</i> » (o <i>jurisdictional approach</i>).....	154
7. Rapporto tra le norme di applicazione necessaria e le norme sostanziali autolimitate	157
8. Norme di applicazione necessaria e norme di diritto internazionale privato unilaterali.	161
C. L'oggetto e lo scopo delle norme di applicazione necessaria	
9. Criterio contenutistico e finalistico per individuare le norme di applicazione necessaria	165
10. Impossibilità di identificare le norme di applicazione necessaria con quelle di diritto pubblico.....	168
11. Inadeguatezza di alcuni criteri contenutistici proposti in dottrina per definire le norme di applicazione necessaria: il riferimento all'organizzazione dello Stato e alla « garanzia sociale ».....	169
12. <i>Segue</i> : la distinzione tedesca tra norme « interventistiche » (<i>Eingriffsnormen</i>) e norme dirette a tutelare interessi privati (<i>Privatschutzvorschriften</i>).....	172
13. Infondatezza della tesi secondo cui tale distinzione sarebbe accolta dalla Convenzione di Roma. In particolare, critica della tesi del carattere esaustivo della protezione offerta al contraente debole dagli art. 5 e 6 della Convenzione.....	176
14. Limiti alla tutela del consumatore risultanti dal carattere rigido dell'art. 5 della Convenzione nonché dai requisiti di localizzazione spaziale previsti da tale disposizione e dall'art. 120 LDIP	179
15. <i>Segue</i> : limiti derivanti dalla definizione di contratto concluso dal consumatore. Conclusione: esistono margini per utilizzare l'art. 7 della Convenzione in funzione protettiva	185
16. Alcuni cenni sul ruolo delle norme di applicazione necessaria per la protezione del lavoratore.....	188
17. Tipologia delle norme di applicazione necessarie quale risulta dalla prassi: vi sono anche esempi di norme a protezione di interessi individuali.....	190

D. Relazione intercorrente tra le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico

18. Distinzione tra le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico nelle nuove disposizioni di diritto positivo.....	195
19. Critica della distinzione tralazia tra limite preventivo e limite successivo al funzionamento delle regole di diritto internazionale privato.....	198
20. Ricerca di un altro criterio definitorio: la distinzione tra norme e principi giuridici nella teoria generale del diritto.....	201
21. Applicazione di questo criterio ai due fenomeni in esame e dimostrazione della sua adeguatezza sulla base di alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza. Verifica alla stregua delle nuove disposizioni positive.....	203
22. Criterio di collegamento unilaterale e <i>Inlandsbeziehung</i>	208
23. Ragioni che stanno alla base dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria: giudizio di tendenziale infungibilità di determinate norme interne.....	210
24. Relativizzazione della differenza tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico. Inopportunità di prevedere le norme di applicazione necessaria come limite per il riconoscimento di sentenze straniere.....	214

E. Conclusioni

25. Elementi del concetto di norma di applicazione necessaria sulla base delle considerazioni svolte.....	217
26. Tentativo di definire le condizioni da cui dipende l'attribuzione del carattere di applicazione necessaria.....	219

CAPITOLO TERZO

LE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA STRANIERE

I. Il problema delle norme imperative straniere: i modelli teorici e le soluzioni del diritto positivo

1. La problematica delle norme di applicazione necessaria straniere. Critica alla tesi dell'inapplicabilità delle norme straniere di diritto pubblico.....	223
2. Pregi e difetti della teoria dell'unità dello statuto contrattuale.....	226
3. La teoria del collegamento speciale delle norme imperative: diverse possibili configurazioni di questa tecnica.....	230
4. Il sistema ibrido accolto nella Convenzione di Roma: cumulo tra il collegamento unitario e il collegamento speciale.....	233
5. Esame delle critiche rivolte contro tale soluzione.....	237
6. Il sistema del cumulo risultante dagli artt. 13 e 19 LDIP.....	241
7. Il silenzio della legge italiana di riforma sulle norme di applicazione necessaria straniere.....	242

II. L'applicazione delle norme imperative di uno Stato straniero diverso dalla *lex causae*: precedenti giurisprudenziali e regole di origine internazionale

A. Precedenti in giurisprudenza e nella prassi arbitrale

8. La giurisprudenza olandese: la sentenza dell'Hoge Raad nel caso <i>Alnati</i>	244
9. <i>Segue</i> : il caso <i>Sewrajsing</i> ed il caso <i>Sensor</i>	246
10. Germania: l'elusione di norme imperative straniere come offesa al buon costume.....	247

11. Segue: emanazione di norme proibitive straniere come causa d'impossibilità sopravvenuta della prestazione o di venir meno della base negoziale.....	253
12. La giurisprudenza francese: violazione di norme straniere ed <i>ordre public</i>	255
13. Regno Unito: lo strumento della <i>public policy</i> , il caso <i>Regazzoni c. Sethia</i>	258
14. Segue: l'illegalità secondo la <i>lex loci executionis</i>	262
15. Un esempio tratto dalla giurisprudenza americana.....	263
16. Cenni sulla giurisprudenza svizzera precedente e successiva all'entrata in vigore della LDIP.....	265
17. Le norme imperative straniere nella prassi arbitrale.....	266
B. Disposizioni contenute in convenzioni e in altri atti internazionali	
18. L'art. VIII 2 b (1) dell'Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale.....	271
19. L'art. 13 del progetto di trattato del Benelux per l'introduzione di una legge uniforme sul diritto internazionale privato del 1968.....	272
20. Le norme imperative straniere nelle convenzioni dell'Aja del 1978 sui contratti di intermediazione, del 1985 sul <i>trust</i> e del 1986 sulla vendita internazionale.....	273
21. La Risoluzione dell' <i>Istitut de Droit International</i> del 1991.....	278
III. Presa in considerazione o applicazione delle norme imperative di uno Stato terzo: la tecnica sostanziale e la tecnica conflittuale a confronto	
22. Le due tecniche utilizzate per dare rilevanza alle norme imperative di Stati terzi.....	280
23. Rapporto di alternatività o di concorrenza tra la tecnica sostanziale e quella conflittuale.....	285
24. Asserita inutilità dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma rispetto alla giurisprudenza anteriore.....	287
25. Confronto tra le due tecniche sotto il profilo della semplicità applicativa.....	289
26. Confronto circa la loro attitudine a favorire la prevedibilità dei risultati Critica allo strumento della contrarietà al buon costume.....	291
27. Presunto rischio di politicizzazione legato all'art. 7, par. 1. Opportunità che la decisione sia discrezionale e non arbitraria.....	294
28. Necessità di ricercare una giustificazione teorica per la presa in considerazione delle norme imperative di Stati terzi.....	296
IV. Determinazione della ratio delle disposizioni che danno rilevanza alle norme imperative di Stati terzi alla luce degli interessi rilevanti	
29. Necessità di determinare la funzione delle disposizioni che danno rilevanza alle norme imperative di Stati terzi: opportunità di svolgere, a tal fine, un'analisi degli interessi rilevanti.....	297
30. Gli interessi delle parti private.....	301
31. Gli interessi statali.....	307
32. L'interesse dello Stato del giudice.....	311
33. L'interesse alla cooperazione all'interno di una comunità regionale in via di integrazione come l'Unione europea.....	318
34. Il perseguimento dell'armonia internazionale delle decisioni come vero obiettivo dell'art. 7, par. 1 della Convenzione e dell'art. 19 LDIP.....	322

V. Fattispecie e conseguenza dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma e dell'art. 19 LDIP: spunti ricostruttivi	
A. Ambito di applicazione dell'art. 7, par. 1 della Convenzione e dell'art. 19 LDIP e carattere internazionalmente imperativo delle norme straniere richiamate	
35. Diverso ambito di applicazione delle due disposizioni	333
36. Imperatività internazionale come condizione per la presa in considerazione della norma straniera e difficoltà legate all'accertamento di tale condizione.....	334
37. Ipotesi prossime ma distinte: ordine pubblico straniero, accoglimento del <i>jurisdictional approach</i> da parte dell'ordinamento straniero.....	337
B. Il requisito dello « stretto legame » tra la situazione e l'ordinamento straniero	
38. Origine di tale condizione e problema di valutare l'intensità del collegamento. Altre utilizzazioni di tale concetto nel diritto internazionale pubblico e privato	339
39. Tentativo di trarre indicazioni interpretative dalla considerazione dell'obiettivo dell'armonia internazionale delle decisioni.....	343
40. Indicazioni desumibili dal confronto tra il concetto di « stretto legame » e quello di « collegamento più stretto ».....	345
41. Confronto tra lo « stretto legame » e il <i>genuine link</i> che una parte della dottrina internazionalistica ritiene necessario per l'esercizio delle competenze normative degli Stati. Scarsa utilità delle indicazioni fornite dal diritto internazionale pubblico.....	347
42. Analisi della possibilità di valutare l'esistenza di uno stretto legame attraverso la « bilateralizzazione » dei criteri di applicazione nello spazio utilizzati dalle norme di applicazione necessaria interne. Carattere meramente negativo delle indicazioni che si possono ricavare da questa tecnica.....	350
43. Casi in cui la tecnica della « bilateralizzazione » non può operare: necessità di completare tale valutazione con elementi tratti dall'esame comparato degli ordinamenti stranieri.....	354
C. La valutazione discrezionale del giudice	
44. Particolare natura delle disposizioni in esame, che lasciano spazio all'apprezzamento del giudice	356
45. Caratteri della discrezionalità nella teoria generale del diritto l'art. 7, par. 1 della Convenzione è riconducibile a tale schema logico	358
46. Il giudizio di equità previsto dall'art. 19 LDIP come forma di giudizio discrezionale	360
47. Indicazioni per l'esercizio della discrezionalità da parte del giudice italiano. L'uniformità delle decisioni come interesse assolutamente prevalente nel caso di norme imperative provenienti da un altro Stato membro dell'Unione europea. Bilanciamento degli interessi nel caso di norme provenienti da Stati terzi: i criteri fattuali che il giudice deve prendere in considerazione	363
48. Particolarità legate all'applicazione dell'art. 19 LDIP	366
49. Considerazioni comuni: necessità di evitare la politicizzazione del giudizio	368

D. La conseguenza prevista dalle disposizioni in esame: « applicazione » o « presa in considerazione » delle norme imperative straniere	
50. Significato dell'espressione « dare efficacia ». Necessità di far luogo ad un adattamento per conciliare le norme di applicazione necessaria di Stati terzi con la <i>lex contractus</i>	369
51. Conflitto tra norme di applicazione necessaria appartenenti ad ordinamenti distinti.....	374
VI. Norme straniere di applicazione necessaria nelle materie diverse dai contratti	
52. Il silenzio della legge di riforma e il significato del cenno contenuto nella Relazione. Dubbi sulla possibilità di applicare l'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma in via analogica.....	375
53. Necessità di tener conto dei diversi metodi e principi su cui si fondano le regole di conflitto nei diversi settori.....	377
54. Settori in cui la regola di conflitto è ispirata al principio di sovranità: <i>lex rei sitae</i> in materia di immobili e criterio della cittadinanza.....	380
55. Le norme di applicazione necessaria interne e straniere nelle materie ispirate al principio di sovranità.....	384
56. Ipotesi in cui il principio di sovranità consiglia di dare efficacia a norme di applicazione necessaria appartenenti ad un ordinamento diverso dalla <i>lex causae</i>	389
57. Contrasto tra due sovranità distinte: il caso dei beni mobili artistici e culturali.....	398
58. Le norme imperative straniere nei settori in cui la regola di conflitto è diretta a perseguire delle finalità materiali.....	404
59. Le norme imperative straniere in materia di illecito.....	407
60. Le norme imperative straniere nelle materie in cui è applicabile la <i>lex fori</i>	412
61. Conclusioni.....	413
Resumé (en français)	415
Indice analitico	423