

ALESSANDRO MIGLIAZZA

*Professore incaricato di diritto internazionale
nell'Università di Urbino*

LA RILEVANZA DELL'ACCORDO PRIVATO
SUL RICHIAMO A NORME E A PROCEDIMENTI
ESTRANEI

1. *Studi Urbinati*, 1960-1961.



I

IL RICHIAMO DI NORME MATERIALI STRANIERE E IL RICHIAMO A PROCEDIMENTI ESTRANEI. AFFINITÀ NEI DATI E NELLE SOLUZIONI DEI DUE PROBLEMI

SOMMARIO: 1. L'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione, e le implicazioni che essa comporta. — 2. Le ragioni per cui la dottrina italiana nega l'analogia fra il problema del richiamo di norme straniere effettuato mediante il criterio di collegamento della volontà delle parti, ed il problema del richiamo a sistemi processuali estranei effettuato mediante un atto di deroga. — 3. Motivi che fanno dubitare dell'esattezza della tesi: in particolare si mette in rilievo come nella fattispecie delle due norme si valuti in modo identico l'esplicazione dell'autonomia delle parti. — 4. I vari aspetti del problema della valutazione dei requisiti dell'atto in cui si estrinseca l'autonomia, sia nel campo del diritto internazionale privato, sia nel campo del diritto processuale civile internazionale.

1. Una recente sentenza della Corte di Cassazione italiana ha stabilito, modificando decisamente un principio largamente accolto nell'interpretazione del sistema legislativo del 1942 e di recente riaffermato dalla Corte medesima, che la validità formale di un atto di compromesso per arbitrato estero, e quindi le conseguenze che ad esso si ricollegano, ivi compresa anche la sua efficacia preclusiva nei confronti della giurisdizione italiana a favore della giurisdizione arbitrale straniera, debbano venire regolati dalla legge straniera richiamata dalla norma di diritto internazionale privato posta per la disciplina dei requisiti formali dell'atto. Viene così respinto il principio per cui la disciplina del compromesso si dovrebbe desumere dalla legge italiana per ciò che concerne la sua efficacia derogatoria, ed eventualmente dalla legge del processo, richiamata in via generale mediante l'art. 27 disp. prel. C.c., per ciò che concerne l'idoneità a dar vita a un

procedimento estraneo. In tal modo si è superata, almeno parzialmente, l'affermazione che subito dopo la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 23 maggio 1955 poteva sembrare un punto fermo della nostra giurisprudenza, e secondo cui il potere delle parti di derogare alle norme che delimitano l'ambito della giurisdizione nazionale in favore di una giurisdizione straniera o di un arbitrato estero doveva essere disciplinato direttamente dal diritto italiano, le cui norme avrebbero quindi dovuto regolare, sia dal lato formale che da quello sostanziale, il compromesso, la clausola compromissoria e comunque l'atto di deroga ⁽¹⁾: ed è estremamente interessante rilevare come la Suprema Corte abbia preferito affrontare il problema in termini generali, anzichè seguire la via più facile — e formalmente più corretta — dell'interpretazione delle norme speciali poste mediante la legge di esecuzione del Protocollo di Ginevra del 1923, applicabili al caso concreto ⁽²⁾.

Si riprende così un'affermazione non nuova nella nostra giurisprudenza, che in questa materia ha accolto ora la tesi per cui i requisiti dell'atto di deroga andrebbero regolati dalle norme materiali italiane, ora la tesi opposta per cui essi andrebbero se del caso disciplinati dalle norme straniere, richiamate dal siste-

⁽¹⁾ Vedi la sentenza della CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 2-5-1960, annotata da M. SCA, dal DURANTE e da SATTÀ-MANCA. Sulla sentenza vedi inoltre JACCARINO, *Mutamento di giurisprudenza a proposito della legge regolatrice della « forma » delle clausole compromissorie per arbitrato estero*; GIULIANO, *La giurisdizione italiana e lo straniero*, p. 96 ss.; BARILE, *Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, e MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formale di una clausola compromissoria per arbitrato estero*. Per la giurisprudenza precedente vedi CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 23-5-1955, e le note di M. G. SEVERINI, dal titolo *Su la legge regolatrice di una clausola di deroga dalla giurisdizione italiana contenuta in una polizza di carico*, e dello JACCARINO, *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione del giudice italiano*. Per talune tendenze giurisprudenziali che si scostavano dall'indirizzo affermato in quest'ultima sentenza e sulle quali si avrà occasione di ritornare, vedi MOSCONI, *op. cit.*, p. 1131, note 25 e 26.

⁽²⁾ Circa tale atteggiamento della Suprema Corte vedi una decisa critica in GIULIANO, *op. loc. cit.* La critica è indubbiamente esatta: tuttavia non ritengo senza significato il fatto che la sentenza affronti il problema in termini generali anzichè riferirsi alle norme speciali che disciplinavano il caso concreto.

ma di diritto internazionale privato. Per vari decenni la prima tendenza riuscì a prevalere ⁽³⁾.

Il fatto che nel vigore di testi legislativi diversi si siano affermate interpretazioni sostanzialmente analoghe, e che esse si richiamino ad argomenti identici, non è privo di significato, ed offre un forte elemento per una ricostruzione del nostro diritto positivo che ponga in luce i fondamenti teorici e le premesse a cui il dato legislativo inevitabilmente si richiama.

La sentenza del 2 maggio 1960 offre poi la possibilità di analizzare i rapporti fra le questioni direttamente esaminate ed altre di carattere più generale: ed induce così a rimeditare alcuni aspetti del problema relativo al potere delle parti di richiamare o un sistema processuale straniero o un sistema arbitrale estraneo per la soluzione di una controversia che sia normalmente compresa nell'ambito della giurisdizione italiana. Insieme a questo problema, ed anzi in via preliminare, deve riprendersi sotto taluni profili in esame quello ad esso strettamente collegato e relativo al potere delle parti di richiamare un ordinamento straniero per disciplinare la sostanza e gli effetti di una obbligazione contrattuale.

2. Questo essendo l'oggetto dell'attuale indagine, occorre in primo luogo chiarire perchè le due questioni possono venire considerate in modo sostanzialmente unitario.

Benchè non siano mancate voci in tale senso ⁽⁴⁾, la affinità dei due problemi è generalmente negata dalla dottrina ita-

⁽³⁾ Favorevole ad una interpretazione privatistica della clausola compromissaria e del compromesso si dimostrò infatti, nella sentenza 29-4-1916, la CASSAZIONE DI TORINO; mentre una tesi non molto dissimile da quella accolta dalla Suprema Corte il 23-5-1955 era stata accolta dalla medesima CASSAZIONE DI TORINO nella sentenza 9-9-1914, ed infine, sì da comporre il conflitto, dalla CASSAZIONE DI ROMA, SEZIONI UNITE, nella sentenza 25-4-1916. I provvedimenti di cui sopra si richiamavano d'altronde ad una lunga serie di precedenti giudicati: su di essi vedi OTTOLENGHI, *Ancora sugli arbitrati esteri...*, p. 389 e CASATI, *Nota a Cassazione Torino*, 9-9-1914.

⁽⁴⁾ Circa la posizione del SALVIOLI, favorevole ad individuare una affinità tra la soluzione dei problemi materiali e dei problemi processuali in questa ma-

liana in quanto una analogia fra le due ipotesi difficilmente si poteva sostenere una volta ammessi taluni presupposti generali che vengono accolti quasi concordemente ⁽⁵⁾.

Il richiamo effettuato dalle norme di diritto internazionale privato tende infatti, secondo la dottrina italiana prevalente, a regolare taluni rapporti di fatto secondo norme materiali desunte da sistemi stranieri, mentre le norme di diritto processuale civile internazionale avrebbero il compito di delimitare l'ambito del processo italiano e di attribuire una efficacia determinata a singoli atti processuali stranieri, in linea di principio essendo escluso il riferimento a ordinamenti estranei per desumerne le norme regolatrici del processo ⁽⁶⁾. Non si poteva, così formulando le

teria (di questo scrittore cfr. *Su alcune questioni circa la competenza internazionale (giurisdizionale)*) vedi l'atteggiamento critico del MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*², p. 103, e dello SPERDUTI, *Su l'assoggettamento volontario ad una giurisdizione straniera secondo le norme generali dell'ordinamento italiano e secondo la norma di adattamento di cui all'art. 2, n. 2, della Convenzione con la Svizzera sull'esecuzione delle sentenze*, p. 252. Il MORELLI, *Circa l'indagine sulla competenza del magistrato straniero in materia di delibazione*, critica poi ampiamente il lavoro del BRESCHI, *La competenza dei tribunali stranieri nel nuovo ordinamento del giudizio di delibazione*, che aveva ripreso e motivato la tesi del SALVIOLI. Non mi sembra quindi di poter condividere l'affermazione dello JACCARINO, che individua in taluni atteggiamenti della dottrina italiana in materia di deroga alla giurisdizione una eco della tesi del PERASSI «circa la funzione della manifestazione privata di scelta della *lex contractus*» (*Il c.d. atto di «deroga» alla giurisdizione italiana*, p. 57 ss.). Così pure non mi pare accoglibile l'affermazione del medesimo autore connessa alla prima, per cui si potrebbe individuare nella dottrina italiana tutta una corrente di pensiero secondo la quale la tesi della derogabilità delle norme sulla giurisdizione ad opera dei privati troverebbe il suo fondamento nella concezione privatistica della funzione giurisdizionale, il che porterebbe alla conseguenza che gli individui i quali possono liberamente disporre circa la disciplina dei propri interessi sul piano del diritto sostanziale debbano godere di una eguale autonomia nel campo processuale (*op. cit.*, pp. 31-32 e 42).

⁽⁵⁾ Sulla differenza fra il problema del valore della manifestazione di volontà diretta al richiamo di leggi straniere per la disciplina di un'obbligazione contrattuale, e il problema relativo al valore dell'atto di deroga alla giurisdizione italiana, vedi in generale le osservazioni del QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale*, partic. a p. 90 ss.

⁽⁶⁾ Sul punto vedi per tutti MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*², p. 11 ss.

premesse dell'indagine, individuare alcuna analogia fra il problema dell'autonomia delle parti in materia di disciplina delle obbligazioni nel diritto internazionale privato e il problema della deroga della giurisdizione nel diritto processuale civile internazionale, così come fa invece larga parte della dottrina straniera⁽⁷⁾. I due sistemi di norme, precisano gli scrittori italiani, hanno pertanto caratteri opposti: un carattere universale è infatti proprio del sistema di diritto internazionale privato, mentre il diritto processuale civile internazionale sarebbe invece caratterizzato dal principio detto non del tutto esattamente della territorialità⁽⁸⁾. L'essenziale differenza di natura e di funzione fra i due sistemi di norme sembrerebbe escludere che un procedimento proprio di uno di essi possa presentare affinità con un procedimento proprio dell'altro sistema: ed in questa affermazione sia la dottrina italiana che, in modo più inconscio, la giurisprudenza, hanno insistito vorrei dire polemicamente, avvertendo le tendenze contrarie che si affermano largamente nei diritti stranieri⁽⁹⁾.

Dalle premesse sopra chiarite sono state dedotte, rispetto ai problemi che qui interessano, tutte le conseguenze. La tesi contraria del Chiovenda — secondo cui in linea di massima l'ambito della giurisdizione italiana dovrebbe coincidere con l'ambito di applicazione della legge italiana, in quanto non potrebbe aversi

(7) Vedi in questo senso da ultimo SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, Vol. II, 826: « Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes seitens der Parteien (Prorogation) stellt im formellen Recht die Parallele zur Rechtswahl seitens der Parteien (Parteiautonomie) in materiellen Recht dar. Sie unterliegt deshalb nach unserer Auffassung an denselben Grundsätzen wie diese » e REÇZEI, *Internationales Privatrecht*, p. 126 ss.

(8) Vedi sul punto le affermazioni del MORELLI, in *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, più volte ripetute dall'autore ed accolte con larghissimo consenso.

(9) Una indagine parallela circa i problemi che si possono ricollegare nel campo materiale e in quello processuale alla stipulazione di un contratto viene compiuta, ad esempio, nella dottrina e nella giurisprudenza francese: sul punto vedi, con speciale riguardo alla stipulazione di un contratto fra persone lontane, la limpida esposizione del FRANCESCAKIS, *Nota ad Appello Colmar*, 26-2-1957.

una attuazione in via giurisdizionale del diritto obbiettivo rispetto a rapporti irrilevanti per l'ordinamento del giudice — venne decisamente respinta e comunque scarsamente considerata dagli scrittori di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, il che non può non stupire data l'autorità dello scrittore⁽¹⁰⁾. Venne quindi respinta la conseguenza che il Chiovenda ne traeva, configurando come funzione delle norme di diritto internazionale privato quella di nazionalizzare la legge straniera, in modo da determinare una estensione dell'ambito di efficacia delle norme materiali italiane e mediamente del potere dei giudici italiani⁽¹¹⁾. Così pure respingendosi la concezione propria del Chiovenda intorno all'atto di deroga nel caso di giurisdizione concorrente, si affermò che la volontà delle parti non può mai costituire, per il nostro diritto, titolo di competenza internazionale dell'autorità giudiziaria straniera⁽¹²⁾.

Nè presentano minor rilievo taluni atteggiamenti giurisprudenziali, sostanzialmente condivisi dalla dottrina, in questo campo. Estremamente significativo è l'atteggiamento assunto nell'interpretazione dell'art. 941, 1° comma, n. 1 del Codice di procedura civile abrogato, che pure esplicitamente prevedeva un parallelismo fra i criteri di competenza legislativa ed i criteri di competenza internazionale. La dottrina ha dato quasi unanimemente una interpretazione restrittiva alla norma, mentre la giurisprudenza finì sostanzialmente col togliere ad essa ogni valore⁽¹³⁾: il che indubbiamente si può spiegare solo richia-

(10) Vedi CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, p. 303 ss.

(11) Per una critica alla tesi del Chiovenda vedi MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², pp. 91-92.

(12) Così QUADRI, *Volontà delle parti e competenza giurisdizionale*, p. 90, nota 2. Il CHIOVENDA afferma che quando si tratta di giurisdizione concorrente, il fatto di deferire la controversia ad una giurisdizione straniera sarebbe valido come atto volontario attributivo di competenza al giudice estero, ma non come rinuncia di convenire l'altra parte innanzi all'autorità giudiziaria italiana. Tale concezione venne accolta sino a questi ultimi tempi dalla giurisprudenza italiana, con fedeltà anche terminologica.

(13) Per l'art. 941, 1° comma n. 1 del C.p.c. 1865, modificato nel 1919, il requisito della competenza internazionale rispetto alle sentenze straniere pronun-

mando quella convinzione circa la differente funzione del diritto processuale civile internazionale e del diritto internazionale privato di cui si è discusso. Nè meno importante è la decisa affermazione, elaborata nel vigore del Codice di procedura civile del 1865 e ripetuta da dottrina e giurisprudenza rispetto alla norma espressa di cui all'art. 2 del Codice del 1942, che ivi non si preveda un caso di giurisdizione concorrente ⁽¹⁴⁾; in quanto si è chiarito che di giurisdizione concorrente si parla solo per indicare in modo improprio quei rapporti rispetto a cui si ammette la delibazione di sentenze straniere ⁽¹⁵⁾.

Da tali premesse, viste nella loro ragione logica e nella loro genesi, non sembra però debba necessariamente conseguire la impossibilità di porre in modo unitario il problema della valutazione dell'accordo con cui si richiama un ordinamento straniero per disciplinare la sostanza e gli effetti di una obbligazione contrattuale ed il problema della valutazione del compromesso e della clausola compromissoria a favore di un arbitrato estero o dell'atto di deroga a favore di una giurisdizione straniera. Accomuna infatti le due ipotesi l'attribuzione di conseguenze sostanzialmente identiche all'accordo delle parti: esso infatti nel primo caso sottrae alla disciplina del diritto italiano o di norme da esso richiamate una obbligazione contrattuale che altrimenti vi sarebbe sottoposta; e nel secondo caso sottrae alla disciplina processuale italiana una controversia che altrimenti

ciate nei confronti di cittadini italiani doveva accertarsi « avendo particolare riguardo alle disposizioni del titolo preliminare del Codice civile ». Per l'atteggiamento della giurisprudenza di cui si è discusso, vedi soprattutto CASSAZIONE, 23-1-1936 e 6-7-1936, e la giurisprudenza di merito ricordata dal BALLADORE PALLIERI, *La disposizioni preliminari del Codice civile e la determinazione della competenza del giudice di merito*, dal MORELLI, *La competenza del magistrato straniero nel giudizio di delibazione*, e dallo SPERDUTI, *Correlazione fra le norme sulla competenza giurisdizionale e le norme sulla competenza internazionale*, p. 12.

⁽¹⁴⁾ Per una recente affermazione in questo senso, vedi CASSAZIONE, 18-9-1959.

⁽¹⁵⁾ La tesi viene generalmente accettata dalla dottrina: vedi per tutti MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di delibazione*, p. 329 ss.

rientrerebbe nel suo ambito. E se questa è l'efficacia negativa ed indiretta dell'accordo delle parti, esso ha pure, anzi ha in primo luogo l'efficacia positiva e diretta di ricollegare la disciplina dell'obbligazione contrattuale a norme proprie di un ordinamento straniero determinato dalle parti e di sottoporre la disciplina di una controversia ad un sistema estraneo, sia esso un sistema processuale di uno Stato estero o sia invece un sistema arbitrale straniero.

3. Se nell'efficacia attribuita all'accordo si identifica un elemento comune all'una e all'altra ipotesi, si comprende come occorra determinare il rapporto fra la funzione negativa e la funzione positiva della manifestazione di volontà, ciò che è possibile fare solo dopo avere chiarito taluni aspetti della funzione positiva, la quale da un punto di vista logico è preliminare alla funzione negativa.

La dottrina dominante in Italia ha più volte, sia pure attraverso costruzioni del tutto diverse, rilevato come, sia nel campo processuale che in quello materiale, la volontà dei privati tenda ad attuare la funzione positiva, e cioè a ricollegare la disciplina di un rapporto processuale o materiale ad un regolamento comunque diverso da quello previsto nel sistema del giudice. Tale rilievo non viene in alcun modo superato dalla tesi della corrente privatistica, per cui nel campo del diritto internazionale privato almeno normalmente le parti non intenderebbero richiamare un ordinamento straniero, bensì attuare in un modo indiretto invece che diretto la disciplina di un dato rapporto obbligatorio. Ciò era già stato più volte affermato dalla giurisprudenza, e venne posto in luce, in Italia, a cominciare dal 1930 da taluni scrittori che hanno esaminato in particolar modo il fenomeno dell'autonomia privata mettendo in rilievo l'intento pratico che le parti si propongono, precisando quindi come l'utilizzazione che la norma di diritto internazionale privato effettua dell'accordo

non configuri un caso di autonomia⁽¹⁶⁾. Tale posizione non contrasta però in alcun modo con l'affermazione della dottrina positivista che aveva chiarito come la volontà delle parti venga utilizzata dalla norma di richiamo ai fini di attuare un collegamento con un diverso sistema.

Richiamando infatti principi desunti da sistemi stranieri per la disciplina di un rapporto di obbligazione, le parti attuano un collegamento fra un rapporto ed un sistema straniero. L'ordinamento dell'interprete può attribuire a tale atteggiamento la funzione di richiamare per l'intera disciplina del rapporto un sistema straniero, o attribuirvi la funzione più modesta di richiamare, in via recettizia, singole norme straniere per disciplinare elementi del rapporto. È una questione di interpretazione della volontà, che va risolta in base alle presunzioni ed ai criteri propri di ogni ordinamento: ed è comune d'altronde il rilievo che la volontà alla quale si attribuisca la funzione di richiamare un sistema straniero non sia solitamente diretta in modo espresso al collegamento ad un sistema estraneo ma debba venire generalmente desunta da manifestazioni tendenti a disciplinare concretamente un rapporto o singoli elementi di esso⁽¹⁷⁾.

(16) Particolare attenzione meritano i lavori del BETTI, *Autonomia privata e competenza della lex loci actus e Problematica del diritto internazionale*, p. 479 ss., dove le originarie affermazioni vengono rimediale e in parte attenuate. Alla tesi del Betti si era avvicinato in un primo tempo il BALLADORE PALLIERI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti nella dottrina e nella legislazione italiana di diritto privato*, ma successivamente questo autore, aderendo alla concezione sviluppata in un primo momento dal Quadri, ha ammesso che alle parti spetti « un vero e proprio potere o facoltà giuridica di decidere quale sia la legge applicabile » (*Diritto internazionale privato*², p. 32).

(17) La rilevanza degli atteggiamenti delle parti ai fini del richiamo era stata esaminata abbastanza ampiamente dalla giurisprudenza italiana meno recente (per una raccolta di essa fino al 1905, vedi FADDA ed altri, *Prima raccolta completa della giurisprudenza*, p. 113; per ampie citazioni vedi VELLA, *Obbligazioni (diritto internazionale privato)*, p. 1005). Nella dottrina italiana recente notevole è lo sforzo compiuto dal MONACO (*L'efficacia della legge nello spazio - Diritto internazionale privato*², p. 236 ss.), in base anche ai lavori dell'*Institut de droit international* nella sessione di Firenze del 1908. Utili considerazioni si possono poi trovare nel lavoro dell'UBERTAZZI, *Il comportamento delle parti e la*

Un discorso diverso, pur nell'identità della situazione, deve farsi rispetto all'accordo di deroga alla giurisdizione nazionale a favore di un procedimento straniero. A tale volontà, il cui intento pratico è quello di far risolvere una controversia secondo un sistema estraneo, viene attribuita dall'ordinamento del giudice una funzione ulteriore, che è quella preclusiva di impedire, su eccezione della parte interessata, che circa la controversia possa validamente pronunciarsi un organo di giurisdizione nazionale⁽¹⁸⁾. A questo scopo ulteriore la dottrina italiana prevalente e larga parte della giurisprudenza sono portate ad attribuire un rilievo esclusivo, e ciò in base alla premessa generale per cui al sistema processuale italiano è estranea qualsiasi considerazione relativa ai limiti di giurisdizione di autorità straniere o al modo di svolgimento di processi estranei. Ma anche accogliendo tale premessa non si distrugge il fatto che una deroga al potere dei giudici italiani consegua, in virtù di una norma, ad un accordo delle parti il cui intento pratico è esclusivamente positivo.

La dottrina prevalente ritiene pertanto che solo la conseguenza ulteriore assuma un rilievo diretto nell'ordinamento dell'interprete, in quanto costituisce l'oggetto specifico della norma. Il rilievo dello scopo concreto che le parti si propongono sarebbe invece solo indiretto, in quanto l'esistenza di una vo-

legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali. Resta comunque fondamentale a questo proposito l'indagine del BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, p. 69 ss.; altri importanti dati si desumono dal lavoro del GÖRTZ, *Der Parteilille im internationalen Obligationenrecht*, p. 3-6.

(18) Nella dottrina italiana hanno messo particolarmente in rilievo come alla volontà delle parti, la quale è indirizzata all'intento pratico positivo di sottoporre una controversia ad un procedimento estraneo equivalente, possa venire attribuita la funzione di sottrarre alla sfera della giurisdizione italiana controversie in ordine alle quali questa sussisterebbe in base ad altre circostanze di collegamento, il QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, pp. 90-92 ed il MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*¹, p. 230 e ss., e II^a ed., p. 172. Sul pensiero del Quadri vedi le considerazioni dello JACCARINO, *Il c.d. atto di « deroga » alla giurisdizione italiana*, p. 58 che non concordano completamente con quanto viene qui sostenuto.

lontà tendente a quello scopo costituisce un presupposto perchè la norma possa operare. Coerentemente si è quindi configurata la volontà delle parti diretta al collegamento con un sistema processuale estraneo come un atto giuridico, cui l'ordinamento derogato ricollega un fatto e cioè la deroga al potere giurisdizionale ⁽¹⁹⁾.

Si prendano ora in esame taluni aspetti dell'intento pratico delle parti. Si osserva comunemente come molto spesso le parti tendano con il medesimo atto insieme e allo scopo processuale di disciplinare le controversie sorgenti da un rapporto contrattuale mediante un collegamento a un sistema estraneo, e allo scopo materiale di richiamare per la disciplina del rapporto un diritto straniero: ed anzi si mette in rilievo come molto spesso l'intento pratico delle parti tenda allo scopo processuale, mentre la norma di diritto internazionale privato attribuisce alla volontà così espressa l'effetto ulteriore di disciplinare l'obbligazione secondo le norme materiali del sistema straniero in tale modo indicato ⁽²⁰⁾. Così se le due parti stabiliscono in un contratto di sottoporre le controversie relative al contratto stesso ad un tribunale arbitrale estraneo, l'adesione delle parti al sistema arbitrale proprio di quell'ordinamento si ritiene valga anche come espressione della volontà di disciplinare il contratto secondo le norme materiali dell'ordinamento medesimo. Nel diritto italiano però la tesi viene accolta con contrasti dalla dottrina e venne respinta dalla giurisprudenza, sia antecedentemente che successivamente alla legislazione del 1942 ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ In questo senso vedi BARILE, *Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 658.

⁽²⁰⁾ Vedi sul punto BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*³, p. 648: « La clause par laquelle les contractants conviennent que les litiges éventuels qui surgiraient sur la validité ou les effets de leurs contrats seront soumis à des arbitres ou à des tribunaux d'un pays donné, est un des indices les plus fréquents et les plus significatifs de ce que l'économie de leur opération, telle qu'elles l'ont conçue, la rattache au système juridique du pays ainsi désigné ».

Per i riferimenti relativi alla dottrina italiana, vedi DE NOVA, *Nota a Tribunale Roma*, 5-10-1951.

⁽²¹⁾ Sull'argomento vedi CASSAZIONE, 27-12-1948, che afferma come dal fatto

L'utilizzazione di un accordo che nell'intenzione delle parti era diretto a determinati fini per uno scopo diverso, previsto in modo tipico dalla legge, avviene nella ipotesi sopra chiarita in maniera del tutto evidente. Ma in generale si ammette che l'esistenza di una volontà delle parti diretta al collegamento ad un sistema estraneo possa venire desunta da manifestazioni dirette ad un intento pratico diverso. Nel sistema italiano la dottrina positivista ha avuto il merito di dimostrare che i criteri di carattere obbiettivo di collegamento posti in materia contrattuale (nazionalità comune delle parti, *lex loci actus*) hanno una propria autonomia e non possono venire considerati quali presunzioni legali di volontà; ma contemporaneamente si è riaffermata la necessità di desumere l'esistenza di un accordo di richiamo delle parti attraverso presunzioni semplici, avvalendosi anche di indici tipici che ricorrono nella pratica commerciale.

Nella valutazione dell'ordinamento giuridico dell'interprete ad una manifestazione di volontà delle parti si possono quindi collegare conseguenze diverse da quelle cui esse tendevano. Questa constatazione può fornire la base dell'indagine, in quanto permette di individuare, sia nel campo del diritto internazionale privato che nel campo processuale, due fenomeni distinti: da un lato il fenomeno dell'autonomia privata, caratterizzato dall'esistenza di accordi che tendono a un fine concreto, e da un altro lato il fenomeno normativo, che utilizza l'autonomia privata per scopi che possono non coincidere con l'intento perseguito dalle parti.

Si esamini ora come il rapporto fra i due fenomeni venga chiarito dalla dottrina prevalente.

che le parti abbiano sottoposto la risoluzione delle eventuali controversie relative ad un contratto ad un arbitrato estero non possa desumersi che esse abbiano anche voluto determinare come legge regolatrice del contratto quella dello Stato in cui il procedimento arbitrale deve avere luogo. Sulla sentenza vedi la *Nota*, pienamente favorevole, del DE NOVA. In senso conforme vedi pure, sulla base però della legislazione antecedente al 1932, APPELLO MILANO, 21-3-1939.

4. Avendo riconosciuto come ad una volontà, mirante comunque ad un effetto pratico positivo, si possa attribuire anche una funzione diversa, la dottrina italiana dominante ha chiarito come nel campo del diritto internazionale privato appaia impossibile una valutazione parallela del fatto storico « accordo di volontà » nel sistema richiamante e in quello richiamato, in quanto si ritiene impossibile dedurre dalla valutazione della volontà secondo l'ordinamento richiamato una qualsiasi conseguenza rispetto all'attuazione del collegamento. Anche gli scrittori che hanno da ultimo cercato di sottoporre in misura più o meno larga la disciplina dei requisiti dell'accordo di volontà alla *lex causae*, non hanno determinato quale influenza la valutazione della *lex causae* eserciti su quella della *lex fori*, o hanno decisamente respinto la stessa possibilità di un influsso.

La ragione dell'atteggiamento assunto dalla dottrina italiana è assai semplice. Come ha chiarito il Perassi, la volontà delle parti contraenti di disciplinare un rapporto secondo un ordinamento straniero costituisce solamente un collegamento di fatto ad esso: l'accordo non opera quindi diversamente dalle altre circostanze di richiamo previste nel nostro sistema di diritto internazionale privato, la cui interpretazione deve venire desunta dalle norme materiali italiane⁽²²⁾. Ed anche quando si è affermata, rispetto all'accordo delle parti, l'impossibilità di applicare le norme della *lex fori*, si è sostenuto doversi richiamare la disciplina propria del sistema straniero indicato dai criteri obbiettivi di collegamento previsti per le obbligazioni con-

(22) Vedi particolarmente PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, p. 173 ss. Il Perassi applica con estremo rigore il principio, accolto dalla dottrina positivista italiana, secondo cui — con le sole eccezioni nel caso della cittadinanza straniera dell'individuo e della nazionalità della nave o dell'aeromobile e, secondo taluni scrittori, della nazionalità delle persone giuridiche — i criteri di collegamento vengono disciplinati dalla *lex fori*. Su questa tesi, sulla bibliografia relativa e su talune note critiche, vedi da ultimo BARILE, *Collegamento (criteri di)*, pp. 356-358.

trattuali⁽²³⁾. Ne discende che, una volta avvenuto il collegamento, il sistema richiamato valuterà con propri criteri quel determinato fatto materiale (volontà delle parti) che nel nostro sistema ha esplicitato la funzione di richiamo, e potrà quindi ritenere l'accordo di volontà inidoneo a dar vita ad una obbligazione in quanto privo dei requisiti formali e sostanziali richiesti. In questo caso l'interprete dell'ordinamento richiamante dovrà ritenere nullo il contratto⁽²⁴⁾. Conseguenze del tutto affini si hanno per gli scrittori che assumono la *lex causae* per la disciplina dei requisiti dell'accordo delle parti, sostenendo che una norma di diritto internazionale privato richiami, a questo fine, le valutazioni proprie di quella legge.

Una impostazione diversa del problema si ebbe negli ultimi anni ad opera di quegli scrittori (Quadri, Ziccardi, Barile, Benvivoglio), che in diversa misura sottopongono ad una revisione critica taluni risultati raggiunti dalla scuola positivista⁽²⁵⁾: anch'essi però, rispetto all'accordo delle parti, o mantengono una netta distinzione fra le valutazioni dell'ordinamento richiamante e quelle dell'ordinamento richiamato, oppure, escludendo ogni valutazione della *lex fori*, negano che la valutazione del sistema richiamato operi rispetto al funzionamento della norma di richiamo.

Nel campo processuale le soluzioni accolte si riconducono anch'esse alle concezioni positiviste. È ancora largamente condivisa l'affermazione che l'idoneità dell'accordo di deroga, secondo il sistema richiamato, a dar vita ad un processo arbitrale o giurisdizionale non abbia (almeno secondo il diritto comune, escludendosi quindi le soluzioni accolte nel sistema

(23) In questo senso MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*², p. 227.

(24) Circa tale impostazione, vedi per tutti MONACO, *Sulla disciplina degli elementi essenziali dell'obbligazione convenzionale in diritto internazionale privato*, soprattutto a p. 32 ss. ed ACO, *Teoria del diritto internazionale privato*, p. 148 ss., p. 193 ss.

(25) Per un ampio esame generale di questa tendenza, vedi RUINI, *La dottrina italiana di diritto internazionale privato e processuale*.

delle Convenzioni di Ginevra sull'arbitrato), alcun rilievo nell'ordinamento derogato, cui solo interessa il potere, attribuito alle parti, di restringere l'ambito della giurisdizione⁽²⁶⁾. Una tesi diversa venne sempre sostenuta dal Morelli: ma anch'essa concepisce la valutazione del sistema estraneo come un presupposto di fatto che condiziona la possibilità della deroga, e null'altro.

L'impostazione difforme, e l'esame separato che tradizionalmente viene condotto circa i problemi dei rapporti fra le valutazioni dei due sistemi nel campo materiale e processuale consiglia di tenerli distinti in questo studio, anche se le indagini dovranno condurre, come si è già chiarito, a risultati strettamente affini.

⁽²⁶⁾ In questo senso, e per un esame critico della dottrina contraria, vedi da ultimo GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, p. 88 ss. Per talune caratteristiche proprie della clausola di deroga per arbitrato estero nei confronti dell'atto di deroga in generale, vedi taluni accenni nel mio studio *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, pp. 226-227. Per un accurato esame del problema ed un'ampia bibliografia, rimando a VASETTI, *Arbitrato estero*.

II

L'ACCORDO DI VOLONTÀ QUALE CRITERIO DI COLLEGAMENTO NELLO SVILUPPO DEL SISTEMA ITALIANO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

SOMMARIO: 5. Posizione della dottrina italiana rispetto al problema - Necessità di un riesame dei dati del problema anche in base alle premesse assunte da quella dottrina. — 6. L'art. 9 disp. prel. al C.c. del 1865 e la teoria della scuola italiana. — 7. Gli sviluppi della teoria e le critiche mosse contro di essa. — 8. L'art. 58 C. com. del 1882: il suo significato e il suo valore nell'insieme del sistema italiano. — 9. Tentativi di creare un sistema unitario che comprenda le due norme - L'opera dell'Anzilotti e la critica positivista alla teoria del Mancini. — 10. L'opera del Perassi e degli autori che a lui si ricollegano - La sistemazione compiuta dall'Ago - L'accoglimento dell'affermazione del Mancini in base ad un presupposto diverso. — 11. Atteggiamenti della dottrina italiana rispetto alla funzione dell'autonomia privata e loro significato - Come la dottrina italiana presenti, in questa materia, uno sviluppo senza soluzioni di continuità. — 12. L'art. 25 1° comma disp. prel. al C.c. del 1942: suo significato attraverso un esame dei lavori preparatori. Come ed entro quali limiti sia stata superata la tesi affermatasi in quella sede rispetto alla disciplina della validità dell'accordo.

5. Prendendo in esame il problema dei rapporti fra le valutazioni che l'ordinamento richiamante e l'ordinamento richiamato danno circa un accordo di volontà assunto quale circostanza di collegamento, la dottrina positivista italiana ha, per merito soprattutto del Perassi, posto i dati del problema con estrema chiarezza e con assoluta coerenza logica: il che facilita il compito di chi si propone di determinare se le conseguenze dedotte discendano necessariamente dalle premesse accolte. In sostanza tale dottrina così argomenta: l'autonomia delle parti assume una rilevanza solo in quanto essa ricollega la disciplina materiale di una determinata obbligazione ad un

ordinamento straniero: in questo compito la volontà esaurisce, secondo il nostro ordinamento, la propria funzione ⁽¹⁾. La concreta disciplina che a quella medesima circostanza materiale viene attribuita nell'ordinamento richiamato si riferisce quindi ad una questione di fatto, e non può esercitare alcun rilievo rispetto al richiamo appunto perchè l'accordo esercita una funzione tipica solo rispetto alla individuazione dell'ordinamento richiamato, così come qualsiasi mezzo di collegamento ⁽²⁾.

Sulla valutazione dei requisiti della volontà assunta quale criterio di collegamento, si deve porre in rilievo una evoluzione in seno alla dottrina italiana. In un primo momento infatti essa mise in evidenza come l'accordo di volontà altro non sia se non una circostanza di fatto inerente al contratto, cui le norme di diritto internazionale privato attribuiscono la funzione di *criterium individuationis* della legge regolatrice del contratto ⁽³⁾. La più decisa affermazione tendente a porre in rilievo tale carattere dell'accordo si ebbe da parte dell'Ago,

⁽¹⁾ Una ulteriore elaborazione di questa tesi si deve al QUADRI, *L'interpretazione dei negozi giuridici nel diritto internazionale privato*, p. 263: per questo scrittore l'autonomia formale che si esplica nel richiamo ad un sistema straniero si distingue dall'autonomia materiale, che consiste nel potere spettante alle parti di regolare i loro interessi mediante la formulazione della norma dei loro reciproci rapporti (p. 262). Sul punto vedi anche il precedente lavoro del QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, p. 18 ss.

⁽²⁾ Sul problema generale del rapporto fra le valutazioni dei due ordinamenti, richiamante e richiamato, rispetto al fatto utilizzato al fine del collegamento, vedi per tutti ACO, *Teoria del diritto internazionale privato*, p. 192 ss., e soprattutto p. 197: « La circostanza la cui presenza in un determinato rapporto si sia accertata mediante ricorso a norme giuridiche si configura egualmente, nei confronti della norma di diritto internazionale privato, come un dato di fatto, il quale assume valore giuridico, ai fini della norma stessa, solo in quanto venga assunto come *criterium individuationis* di un dato ordine giuridico ». Che tale affermazione rigidamente e coerentemente negativa non possa venire modificata senza capovolgere il punto di partenza della elaborazione del diritto internazionale privato compiuta dalla corrente pubblicistica, viene generalmente ammesso: vedi ad es. i rilievi dello ZICCARDI, ne *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, pp. 21-22.

⁽³⁾ Vedi oltre ad ACO, *op. loc. cit.*, PERASSI, *Legge regolatrice dei contratti e volontà delle parti*.

per il quale autore l'espressione « volontà delle parti », come qualsiasi nozione giuridica utilizzata per definire i momenti di collegamento, è semplicemente un mezzo per indicare in maniera mediata e sintetica una serie di caratteristiche materiali delle classi di rapporti estranei contemplati dalle norme di diritto internazionale privato ⁽⁴⁾.

È chiaro come la tesi dell'Ago discenda dalla concezione ben nota di questo scrittore secondo cui l'estraneità è una caratteristica dei rapporti di fatto da regolare, dai quali rapporti devono desumersi le circostanze utilizzate per il collegamento. Ed è altrettanto chiaro come tale tesi, ripresa in esame alla luce delle premesse generali circa la completezza degli ordinamenti e l'esclusività dei valori giuridici, dovesse venire parzialmente modificata. L'accordo di volontà, pur sempre qualificato come una circostanza inerente al fatto da regolare, ed estrinsecantesi in un collegamento fra il fatto stesso ed il sistema di uno Stato straniero, venne pertanto considerato non più come una espressione indicativa, ma bensì come una circostanza di collegamento di natura giuridica, da valutarsi in base ai criteri della *lex fori*, che ne stabiliscono la idoneità ad attuare il richiamo ⁽⁵⁾.

La necessità di una valutazione dei requisiti dell'accordo fu posta ancor maggiormente in evidenza quando si mise in rilievo come la volontà della parti costituisca l'esplicazione di una facoltà o di un potere attribuito ad esse dalla norma di diritto internazionale privato. Contemporaneamente si precisò come in mancanza di una valutazione diretta contenuta nella norma di richiamo si debba ritenere che quest'ultima rinvi alla valutazione propria delle norme materiali dell'ordinamento di cui fa parte per definire i requisiti di validità dell'accordo ⁽⁶⁾.

(4) Per tale affermazione, sempre ripetuta dall'Ago ed accolta da una serie di autori successivi, vedi AGo, *Teoria del diritto internazionale privato*, p. 192 ss., e *Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 91 ss.

(5) In questo senso vedi MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, pp. 76-83.

(6) In questo senso vedi MORELLI, *Elementi di diritto internazionale pri-*

Con questa evoluzione, che senza dubbio si avvale largamente di argomenti desunti dalla lettera della legge e dall'intenzione del legislatore del 1865, che tanto influsso esercitarono sulla norma vigente, si utilizzavano i principi della completezza dei sistemi e della relatività dei valori, accolti quali postulati dalla dottrina normativista.

Così individuando la funzione esplicita ai fini del collegamento dall'accordo di volontà, la dottrina italiana ne dedusse ogni conseguenza. Si affermò quindi come l'ipotesi che una manifestazione di volontà venga valutata nell'ordinamento richiamato come del tutto inidonea a produrre effetti giuridici e quindi inidonea a far sorgere un'obbligazione, configuri sì un inconveniente e comporti conseguenze dannose alle parti, ma non possa su di un piano logico interessare all'interprete dell'ordinamento richiamante. Su questo punto la scuola italiana ha assunto un atteggiamento di decisa critica alla dottrina precedente e alla dottrina straniera, quasi tutta favorevole, sia pure con notevoli sfumature, ad attribuire un rilievo più o meno grande alle valutazioni dell'ordinamento richiamato (7).

6. Un esame del problema dell'autonomia della volontà nel sistema legislativo italiano assume quale punto di partenza l'art. 9 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 (8). A sua volta il significato di questa norma non si può

vato italiano, p. 59. Circa la configurazione dell'accordo come potere vedi da ultimo BARILE, *Collegamento (criteri di)*, p. 369 ss.

(7) Vedi ad es. MONACO, *Sulla disciplina...*, p. 26. « Nonostante che per considerazioni pratiche si ritenga più conveniente sottoporre la questione della validità del consenso senz'altro allo statuto dell'obbligazione, pure... tale tendenza va senz'altro rifiutata ». Per la contraria affermazione secondo cui la *lex fori* va utilizzata per la disciplina dei requisiti del contratto solo sotto il profilo dell'ordine pubblico, mentre in linea generale si deve applicare la *lex causae*, vedi NIROYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, p. 25.

(8) Per l'art. 9 Preleggi del 1865 « la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. E' salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà ». Gli autori della norma considerarono però sia la *lex loci actus*, sia la legge nazionale dei

spiegare se non esaminando la teoria di colui che a buon diritto si deve considerare l'ispiratore del sistema di diritto internazionale privato accolto nella prima codificazione italiana, e cioè Pasquale Stanislao Mancini.

Il Barile, che ha ultimamente analizzato con molta acutezza il criterio del collegamento che si concreta nella volontà delle parti, ha avuto il merito di mettere in rilievo come in materia di autonomia della volontà la dottrina positivista abbia, con una diversa impostazione formale, accolto sostanzialmente i risultati raggiunti dal Mancini⁽⁹⁾. È questo un rilievo fondamentale esatto, ma che ritengo vada riesaminato ed ampliato.

Nel pensiero del Mancini l'affermazione dell'autonomia della volontà si ricollega infatti alla negazione che sussista un potere statale rispetto alla materia delle obbligazioni⁽¹⁰⁾. Tale

contraenti come un mero indice di una volontà delle parti, contro il quale si poteva dare sempre la dimostrazione di una volontà contraria. Ciò discende indubbiamente dalla posizione del diritto volontario di fronte a quello di origine statale: e fu d'altronde sempre riconosciuto. Così il MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires...*, p. 302, scrive che « Dans le cas seulement où (les contractants) ont gardé le silence à cet égard, (le législateur italien) présume que leur intention a été de se soumettre à la loi du pays où le contrat a été formé, et si les contractants appartiennent tous à une même nation, la présomption légale indique au contraire qu'ils ont eu l'intention de se soumettre à leur loi nationale ». Ed il MANCINI ribadisce il carattere suppletorio di tali presunzioni, le quali « laissent parfaitement toute liberté à la manifestation d'une volonté différente » (*op. loc. cit.*). Per una affermazione altrettanto esplicita vedi, subito dopo l'entrata in vigore del Codice, ESPERSON, *Le droit international privé dans la législation italienne*, p. 276, ed in tempi molto più recenti FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato - Parte generale e diritto civile*, p. 715. Nel medesimo senso si pronunciò costantemente la giurisprudenza italiana nell'interpretazione dell'art. 9: sul punto vedi, per la giurisprudenza anteriore al 1905, FADDA ed altri, *Prima raccolta della giurisprudenza sul C.C.*, p. 113 ss. È significativo come la dottrina positivista abbia sin dall'inizio assunto una chiara posizione contro questo atteggiamento giurisprudenziale: così il GHIRARDINI, *Recensione a Vella*.

(9) BARILE, *Collegamento (criteri di)*, p. 370.

(10) Il principio viene generalmente ammesso dai primi commentatori del Codice del 1865, anche quando — e ciò avvenne nella maggior parte dei casi — essi cercarono di contemperare la tesi del Mancini con le teorie tradizionali. In questo senso vedi ad es. FIORE, *Diritto internazionale privato*, vol. I, pp. 147-148: « In

affermazione ha una precisa origine ideologica. Il Mancini fu l'esponente, nel campo politico, del pensiero radicale che riaffermava la massima libertà dell'iniziativa privata in materia economica, e che pertanto propugnò, nell'elaborazione dei Codici del 1865, l'adozione di principi ispirati ad un deciso individualismo e ad un superamento, rispetto alle obbligazioni contrattuali, dei principi statualistici ⁽¹¹⁾. In questa materia, così come tutte le volte in cui sembrava preminente l'interesse dell'individuo, il Mancini sostenne con assoluta coerenza che il legislatore dovesse abbandonare, il più possibile, la disciplina dei rapporti obbligatori all'autoregolamentazione delle parti: ed in questo senso parlava di un diritto volontario, che il diritto statale dovrebbe soltanto integrare e completare ⁽¹²⁾.

materia di obbligazioni la legge non esercita la sua autorità assoluta, come essa fa per i rapporti che derivano dallo stato della persona, dalle relazioni di famiglia e dalla situazione delle cose, poichè essa invece, lasciando in facoltà delle parti, che si obbligano, di regolare a volontà gli effetti dell'obbligazione assunta, interviene solo per completare quello che non sia stato da esse espressamente stabilito ». Nel medesimo senso CAPELLANI, *Diritto internazionale privato*, vol. III, p. 551 ss. Una analoga affermazione si trova ancora in epoca assai più recente in un autore, il GEMMA (di cui vedi *Appunti di diritto internazionale privato*, Padova, 1936, p. 252 ss.) che, pure avendo accolto sostanzialmente in materia di obbligazioni la posizione critica dell'Anzilotti, si richiama invece su questo punto alla posizione del Mancini. Fra gli scrittori che più fedelmente hanno accolto le affermazioni del Mancini si veda PIERANTONI, *Il diritto civile e la procedura internazionale codificata nelle convenzioni dell'Aia*, pp. 142 e 144.

⁽¹¹⁾ Una chiara raffigurazione delle forze ideologiche che determinarono la legislazione del 1865, e dell'influsso che vi ebbe il Mancini, si può avere leggendo il lavoro dell'ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, di cui vedi particolarmente a pp. 22 e 52. Sulle critiche mosse nel secolo scorso circa il fondamento di politica economica accolto dagli autori del Codice civile, vedi *op. cit.*, pp. 52-60. Le discussioni svoltesi in seno alla Commissione legislativa istituita per coordinare i progetti dei nuovi Codici, e nelle quali furono accettate quasi integralmente le proposte del Mancini, vengono richiamate dall'UDINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, p. 22.

⁽¹²⁾ Sul punto vedi MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires...*, soprattutto a p. 295, dove si afferma che i principi di diritto volontario « ne font que suppléer au silence des parties », e ciò perchè nei confronti dello straniero « on doit respecter sa liberté en tant qu'elle est inoffensive, et que l'Etat n'a aucun intérêt à en empêcher l'exercice ».

Nel diritto internazionale privato ciò comportava che si dovesse favorire in ogni modo il collegamento colla legislazione designata dalle parti, alle quali spettava il potere di designare la legge competente a disciplinare le obbligazioni contrattuali. Nell'attribuire all'accordo dei privati un significato indipendente dal potere del legislatore ⁽¹³⁾ il Mancini è quindi partito da premesse ben precise e da una ideologia ben definita nel campo economico e politico ⁽¹⁴⁾; e pertanto non solo è andato molto al di là sia della tesi accolta dal Savigny ⁽¹⁵⁾, sia del pensiero dello scrittore che si considera talvolta come suo diretto

⁽¹³⁾ Sul pensiero del MANCINI rispetto alla materia contrattuale, vedi per tutti ANZILOTTI, *Il principio della autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 disp. prel. al Codice civile e l'art. 58 del Codice di commercio*, p. 624 e, molto più ampiamente, *La codificazione del diritto internazionale privato*, p. 11 ss.; ove si chiariscono le premesse ideologiche del sistema di diritto internazionale privato italiano, che rappresenta « il risultato più immediato e diretto del movimento rivoluzionario italiano » (*op. cit.*, p. 14); ACO, *Rapporti di obbligazione*, p. 151; CERETI, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, pp. 11-49; DIENA, *La conception italienne du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie*, pp. 354 e 377 ss.; BATHFOL, *Sur la signification de la loi désignée par les contractants*; GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, p. 365 ss.

⁽¹⁴⁾ Sui presupposti di politica economica accolti dalle varie correnti politiche e di pensiero da cui deriva l'unità italiana e la prima codificazione nazionale, vedi CHABOD, *La politica estera dell'Italia*, p. 346 ss. Sul punto che la sinistra radicale italiana abbia propugnato, nel campo della politica economica, un individualismo più spinto della destra moderata, vi è assoluto consenso nella storiografia moderna, anche se mancano indagini approfondite e analitiche. Che d'altronde una posizione quale quella del Mancini discenda dall'accoglimento di precisi presupposti di politica economica, a loro volta collegati a premesse ideologiche più generali, appare dalla dura critica a lui mossa dagli scrittori dell'Europa Orientale, che definiscono la teoria circa la libertà delle parti in materia contrattuale come un « Kapitalistisches Schuldrecht »: vedi per tutti REZZEI, *Die Anknüpfung des Obligationstatuts im internationalen Privatrecht*, p. 200 ss. I legami fra le tesi della scuola italiana e la ideologia individualistica sono infine posti in rilievo dallo SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, vol. II, p. 628 e dal VISCHER, *Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung*.

⁽¹⁵⁾ Vedi SAVIGNY, *Sistema*, vol. VIII, p. 211 ss., e sul punto ACO, *Rapporti di obbligazioni*, p. 150.

ispiratore e cioè il Dumoulin ⁽¹⁶⁾, ma ha nettamente superato la posizione sistematica e le premesse ideologiche degli scrittori di diritto naturale, che pure ebbe presenti ed a cui le sue affermazioni vengono comunemente ricollegate ⁽¹⁷⁾.

Ricollegandosi a queste premesse generali, la disposizione di diritto internazionale privato che attribuisce rilievo all'autonomia delle parti non ha, nel pensiero del Mancini, se non il valore di riconoscere un principio scientificamente accertabile, da cui l'ordinamento statale non potrebbe prescindere e che esso deve pertanto accogliere. Tale principio non ha quindi un'origine normativa.

La novità della teoria del Mancini nei confronti della dottrina e della pratica precedenti ⁽¹⁸⁾ si può apprezzare non solo

⁽¹⁶⁾ Sul pensiero del Dumoulin vedi CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, p. 46; BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, p. 22 ss., e soprattutto l'ampio lavoro del GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrecht*. Circa la coesistenza (Mitbestimmung) nel pensiero del Dumoulin di altri criteri con quello della volontà delle parti, vedi YNTEMA, *Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts*, p. 522.

⁽¹⁷⁾ Che la concezione manciniana del diritto come processo e conquista di autonomia altro non appaia se non una particolare espressione « di una concezione di diritto naturale, nel senso meno astrattistico e più vitale » è infatti generalmente ammesso (vedi ad es. LOPEZ de OÑATE, *Prefazione ai « Saggi sulla nazionalità »*, del Mancini, p. LXV). Ed invece per gli scrittori di diritto naturale cui il Mancini espressamente si richiamava, ed in particolare per il Romagnosi, l'autonomia privata ha un valore solo in quanto venga richiamata ed assunta dall'ordinamento giuridico. Il Romagnosi a questo proposito parla addirittura di autorizzazione, ed afferma che la « individuale libertà » è direttamente proporzionale « ad una più utile dipendenza dal tutto » (vedi in questo senso ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia e giurisprudenza teorica*, par. 2384 ss. in *Opere*, p. 1516 ss.). Si è quindi ben lontani dall'universalismo individualista manciniano, le cui esplicazioni nel campo della disciplina dei contratti solo ad opera degli scrittori successivi — soprattutto dall'Anzilotti e, in un secondo momento, dal Perassi — verranno ricondotte nell'alveo dell'ordinamento statale. Un nesso di derivazione si ha invece indubbiamente fra le premesse di politica economica del Mancini e le affermazioni del Romagnosi ispirate, in questo campo, al più deciso liberismo: ma è merito del solo Mancini avere rigorosamente dedotto ogni conseguenza nel campo giuridico da quelle affermazioni.

⁽¹⁸⁾ Che alla volontà delle parti si attribuisse il potere di richiamare leggi straniere per la disciplina dei contratti nella giurisprudenza dei tribunali italiani

considerando le vivaci critiche che le furono mosse quasi subito in Italia, ma soprattutto esaminando lo sforzo compiuto dalle correnti dottrinarie italiane e straniere e da quella parte della giurisprudenza che ne accolse invece i presupposti per conciliare le conseguenze della concezione del diritto volontario con i principi tradizionalmente enunciati nel diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali. Le tesi fino a quel momento prevalenti, secondo le quali doveva venire richiamata o la legge del debitore, o quella del creditore, o la legge del luogo della stipulazione o quella del luogo di esecuzione del contratto ⁽¹⁹⁾, vennero infatti, nello sforzo di un adeguamento alle nuove premesse, giustificate mediante un richiamo ad una presunzione di volontà delle parti ⁽²⁰⁾.

sin dall'inizio del secolo 19° sembra una affermazione esatta (in questo senso vedi CASSAZIONE TORINO 6/10/1876; sulla quale sentenza vedi la nota contraria di C. F. GABBA ed un cenno adesivo in MAYER, *Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm*, p. 126). Ma appare anche esatto che i tribunali italiani, esaminando quasi sempre casi di accordo tacito (vedi MAYER, *op. cit.*, p. 119), non abbiano in alcun modo considerato il diritto delle obbligazioni come uno *jus voluntarium*, valevole indipendentemente da una disposizione dell'ordinamento dell'interprete. La volontà delle parti è stata quindi considerata dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana precedenti al Mancini in modo del tutto analogo: il che conferma l'originalità della tesi accolta nelle Preleggi del 1865.

⁽¹⁹⁾ Per una esposizione delle varie teorie vedi NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, p. 7 ss., e nella dottrina italiana, CERETI, *Le obbligazioni...*, pp. 10-49. Per la posizione assunta dalla dottrina italiana di diritto internazionale privato antecedente al C.c. 1865, vedi ROCCO (Nicola), *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 497 ss. Sui rapporti fra il Rocco ed il Mancini vedi CATELLANI, *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIX siècle*, pp. 795-801; per una vigorosa e sostanzialmente esatta affermazione dell'originalità del pensiero del Mancini in confronto dei suoi predecessori, pur nel riconoscimento di un legame fra il Mancini e il Savigny, vedi CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, p. 108; il quale scrittore mette in luce come in materia di obbligazioni la scuola italiana continui e completi l'opera del Savigny (*op. cit.*, vol. I, p. 122 ss.; vol. III, p. 595 ss.).

⁽²⁰⁾ Il principio era d'altronde già stato enunciato chiarissimamente dallo stesso Mancini, il quale relativamente al III comma dell'art. disp. prel. del C.c. 1865 afferma che il legislatore « accorde aux contractants pleine faculté de soumettre la substance intrinsèque des obligations et leurs effets à des dispositions législatives de leur choix », chiarendo il carattere suppletorio degli altri criteri accolti nella norma (MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires...*, p. 302).

Si ebbe così nel diritto italiano uno sforzo di conciliazione fra il principio d'autonomia e gli altri principi accolti in materia obbligatoria. Da un lato infatti si considerarono i due criteri obbiettivi posti nell'art. 9 delle Preleggi — la *lex loci actus* e la legge nazionale comune — null'altro che come presunzioni legali di volontà, accanto alle quali si ponevano i criteri tradizionali così detti oggettivi, cui si attribuiva il valore di presunzioni semplici: d'altro lato si cercò di limitare la possibilità di un richiamo delle parti agli ordinamenti che apparissero collegati in qualche modo al contratto. Un medesimo sforzo, come è noto, si attuava nello stesso periodo con diversa intensità nella giurisprudenza francese ⁽²¹⁾, in quella inglese ⁽²²⁾, ed in generale nella dottrina di diritto internazionale privato ⁽²³⁾. Questo preciso indirizzo, dottrinario e giurisprudenziale, dimostra come i tempi non fossero maturi per un completo accoglimento della concezione del Mancini sul diritto volontario.

(21) Vedi sul punto il limpido excursus del BATIFFOL, *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, ove si dimostra come il principio d'autonomia sia apparso nella giurisprudenza francese ed in genere in Europa « surrettiziamente e sempre fondendosi col principio *locus regit actum* ».

(22) Vedi sul punto particolarmente DE NOVA, *La volontà delle parti come criterio autonomo di collegamento*; LORENZ, *Vertragsabschluss und Parteilille im internationalen Obligationenrecht Englands*, p. 61 ss.; SAUSER HALL, *Exposé comparatif des principes gouvernant les conflits de lois en matière d'obligations conventionnelles*. I rapporti fra la concezione subiettiva e la concezione oggettiva nel diritto e nella giurisprudenza inglese furono ampiamente chiariti nella polemica svoltasi nell'*International Law Quarterly* del 1950 fra il MANN e il MORRIS. Interessa particolarmente, nello scritto del Mann, la chiara affermazione circa i rapporti fra l'accoglimento della concezione subiettiva nella giurisprudenza inglese e l'ideologia economica del liberalismo (p. 61); tesi questa pienamente accolta anche dal MORRIS (p. 207), che ha messo in luce come la distinzione fra i due criteri venne elaborata dalle Corti inglesi in modo indipendente dalla elaborazione della teoria dell'autonomia della volontà nei diritti continentali. La tesi del Morris mi sembra esatta: un'identica atmosfera sociale e ideologica ha favorito il formarsi, nei due diversi sistemi, di figure giuridiche affini ma non identiche.

(23) Per le citazioni su questo punto vedi SERRA, *La designazione della « lex contractus »* (art. 25 disp. prel.), p. 180, e DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali in diritto internazionale privato*.

e come il principio dell'autonomia non si potesse affermare se non in base a presupposti del tutto diversi.

7. Il problema del rapporto fra la valutazione propria dell'ordinamento richiamante e quella propria dell'ordinamento richiamato circa il fatto in cui si concreta l'accordo di volontà, appariva di facile soluzione a chi avesse integralmente accolto le premesse della scuola del Mancini. Svincolando la volontà che attua un collegamento dal sistema richiamante si rendeva infatti impossibile una valutazione di essa in base alla *lex fori* e se ne postulava la valutazione in base al diritto richiamato. Tale soluzione venne coerentemente accolta dagli scrittori — in verità assai pochi — che più fedelmente svilupparono la teoria le cui linee generali erano state esposte dal Mancini⁽²⁴⁾. Per essi qualora l'accordo fosse privo dei requisiti di validità formali e sostanziali richiesti dalla *lex causae*, ne sarebbe conseguita la sua inidoneità ad attuare un collegamento. Si veniva così a capovolgere la tesi del Savigny secondo cui sarebbe stato logicamente impossibile annullare un contratto in virtù delle disposizioni della legge scelta proprio allo scopo di disciplinarlo, colla conseguenza che, effettuato il collegamento, non avrebbero dovuto venire applicate le disposizioni della legge richiamata che sancivano la nullità dell'accordo⁽²⁵⁾.

(24) Così per il LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, pp. 166-167, esiste una presunzione che le parti «avvertite dalla legge che presiedeva al contratto dei vizi in essa racchiusi... l'abbiano sottoscritta sotto la tacita riserva di avvalersi della facoltà, ad entrambi o ad uno di essi da quella legge concessuta, di farlo annullare o rescindere». È forse opportuno ricordare che il Mancini e il Lomonaco iniziarono insieme gli studi di diritto internazionale privato in Napoli, nel decennio antecedente al 1848: ciò spiega come il Lomonaco sia il più fedele espositore della teoria del Mancini. Anche nelle dottrine straniere l'applicazione del principio di autonomia avvenne quasi sempre in modo parziale: una completa attuazione avvenne infatti solo in lavori di modesto rilievo. Sul punto v. ampie notizie in DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali*, pp. 9-17.

(25) Sul punto vedi SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VIII, p. 276 ss. Sull'affermazione del Savigny vedi BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, p. 47 ss.

L'influsso della teoria del Mancini in Italia fu vario. In giurisprudenza, come si è detto, si ebbe uno sforzo di intendere qualsiasi mezzo di richiamo in materia contrattuale come attuato in virtù di un accordo delle parti, presunto od espresso: ciò permetteva nello stesso tempo di conciliare le tesi del Mancini con la precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della materia e di rifiutare sostanzialmente il fondamentale presupposto dell'art. 9 delle Preleggi, e cioè l'affermazione che la volontà delle parti si impone in materia contrattuale allo stesso legislatore: ed è curioso a questo punto notare che tale affermazione sembra invece essere stata qualche volta presupposta dalla giurisprudenza italiana in tempi a noi recentissimi, trascurando tutte le costruzioni successive della dottrina⁽²⁶⁾. In questo tentativo di inserire la tesi del Mancini in una pratica giurisprudenziale più antica, attenuando così la chiara presa di posizione del giurista napoletano, va compresa la sentenza della Cassazione torinese del 6 ottobre 1876, già qui ricordata⁽²⁷⁾.

In dottrina la concezione del Mancini fu accolta da pochi scrittori, e divenne invece quasi subito l'oggetto di vivaci critiche⁽²⁸⁾ che si indirizzarono soprattutto contro la con-

(26) Una eco della teoria del Mancini sul diritto volontario si può probabilmente ravvisare nella sentenza del TRIBUNALE DI GENOVA, 22 marzo 1958, su cui vedi la nota critica del MALINTOPPI, dal titolo *Sul rapporto fra l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles relativa alla polizza di carico e l'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale*. Il Tribunale anziché applicare la Convenzione di Bruxelles in quanto norma speciale, affermò la prevalenza del principio « generale » di cui all'art. 25 delle Preleggi, per cui il criterio dell'autonomia delle parti, ove concorra con il criterio della *lex loci actus*, deve venire applicato a preferenza di quest'ultimo.

(27) Vedi *supra*, cap. II nota 18.

(28) Sulle critiche mosse in Italia subito dopo la formulazione del Mancini alla concezione del diritto volontario, vedi soprattutto CERETI, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, p. 13 ss., e SERENI, *The italian conception of international Law*, particolarmente a pp. 165-166, p. 169 ss., p. 177 ss. Agli scrittori che negavano le premesse accolte dal Mancini appariva invero facile il rilevare che ogni distinzione fra diritto volontario e diritto necessario era arbitraria, discendendo essa comunque in ogni caso dalla volontà mutevole del legislatore, e non potendosi aprioristicamente tracciare un confine fra il bene privato e l'interesse della comunità (così GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, p. 151).

cezione di un diritto volontario, che si attuerebbe indipendentemente dal sistema statale. Alla base delle critiche sta l'affermazione che tale dottrina sarebbe legata a presupposti giusnaturalistici, essendo inconcepibile un effetto giuridico della volontà precedentemente alla determinazione di una legge sotto cui sussumerla.

Questa obiezione, già enunciata da una serie di scrittori, venne ampiamente elaborata dall'Anzilotti, e viene generalmente condivisa dalla letteratura straniera secondo cui un'accettazione della dottrina del Mancini condurrebbe ad un vero e proprio circolo vizioso ⁽²⁹⁾.

Le critiche mosse su di un piano generale spiegano come ben pochi scrittori abbiano applicato sino in fondo ed in maniera coerente la teoria del Mancini, i cui risultati dovevano invece venire ripresi, su di una base positivista e con grande vigore, dal Perassi e dalla sua scuola. Fino a questo nuovo impulso, anche gli autori che si annoverano fra i diretti seguaci del Mancini assumono in realtà una posizione di compromesso in materia di autonomia della volontà ⁽³⁰⁾, così come aveva fatto la giurisprudenza italiana.

Tale sforzo spiega la successiva evoluzione del diritto positivo italiano, e la posizione assunta dalla scienza giuridica di fronte ad essa.

⁽²⁹⁾ Per le citazioni degli autori stranieri che formularono l'obiezione del circolo vizioso e per un superamento di essa in base ad una concezione positivista delle norma di richiamo, vedi QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, p. 18, nota 17.

⁽³⁰⁾ Per una posizione che si accosta decisamente ad un criterio oggettivo nella valutazione dell'accordo di volontà che richiami un diritto straniero, vedi FIORE, *Il diritto civile italiano*, vol. I, p. 692. Il Fiore, che pure il Mancini considerava suo seguace, ritiene che la valutazione dei requisiti dell'accordo di volontà debba effettuarsi in base alla legge del luogo in cui venne in essere il fatto da cui deriva la obbligazione: si presume però che le parti abbiano inteso richiamare tale legge. La tesi è rilevante in quanto essa prescinde dalla ricostruzione critica che l'Anzilotti aveva effettuato circa il problema, e anticipa un atteggiamento che si affermò, con ben maggiore chiarezza, nei lavori preparatori alle disposizioni preliminari del Codice civile 1942.

8. Un notevole influsso sull'evoluzione del sistema italiano venne esercitato dalla norma posta in materia commerciale dall'art. 58 del Codice di commercio del 1882 ⁽³¹⁾. Tale norma, in cui non viene accolto il criterio di collegamento della volontà delle parti, interessa per il rilievo che essa presenta rispetto all'interpretazione dell'art. 9 delle Preleggi ed alla formulazione dei principi di un sistema unitario di diritto internazionale privato.

Il legislatore del 1882 accolse due criteri obbiettivi di richiamo, l'uno generale (la *lex loci actus*) e l'altro speciale (la legge nazionale comune): ma, così come aveva voluto il legislatore del 1865, intese indubbiamente disciplinare i requisiti di validità del contratto in base alla medesima legge che regola la sostanza e gli effetti delle obbligazioni ⁽³²⁾, riaffermandosi in tale modo la impossibilità di sottoporre la disciplina della validità del contratto e degli effetti di essi a due leggi diverse. Ciò non interessa tanto il campo delle obbligazioni commerciali — in cui non esisteva oramai la possibilità di utilizzare l'accordo delle parti al fine del collegamento — quanto la mate-

⁽³¹⁾ Per l'art. 58 « la forma e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano o per la loro esecuzione e gli effetti degli atti stessi, sono regolati rispettivamente dalle leggi o dagli usi del luogo dove si emettono le obbligazioni e dove si fanno o si eseguono gli atti suddetti; salva in ogni caso l'eccezione stabilita nell'art. 9 delle disposizioni preliminari del Codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale ». Sulla norma vedi DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, vol. I, p. 9 ss., p. 73 ss.; BOLAFFIO, *Codice di commercio italiano commentato*, vol. I, p. 696 ss.; CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, p. 98 ss.

⁽³²⁾ Si deve al BOLAFFIO la dimostrazione, condotta sulla base dei lavori preparatori, che parlando di sostanza e di effetti delle obbligazioni gli autori del Codice intendevano alludere a tutti i requisiti richiesti per la validità del contratto, enumerati nell'art. 1104 C.c. 1865: e cioè capacità di contrattare, consenso valido, *res habilis* e causa lecita (*op. cit.*, p. 698). Una distinzione fra legge regolatrice dei requisiti di esistenza e di validità del contratto, e legge regolatrice degli effetti di esso, sulla base del diritto positivo italiano, venne sostenuta in Italia dal DIENA, *op. loc. cit.*; ma nulla rimane da aggiungere alla confutazione critica che di questa tesi fa l'ANZILOTTI, *Il principio*, cit., p. 626 ss.

ria civile, ove veniva applicato l'art. 9 delle Preleggi, e proprio perchè l'art. 58 attuava nell'ambito del diritto speciale posto in materia di commercio quella disciplina unitaria dei rapporti obbligatori che corrispondeva indubbiamente allo spirito della legislazione del 1865.

9. La dottrina italiana si sforzò di conciliare il principio obbiettivo accolto in materia commerciale con il principio subbiettivo il quale, è singolare rilevarlo, era stato accolto in materia civile proprio per impulso del medesimo giurista che aveva grandemente cooperato alla elaborazione del Codice di commercio, il Mancini⁽³³⁾. Di particolare rilievo a questo fine appare la teoria del Diena e quella, fondamentale per le implicazioni che ad essa si ricollegano, dell'Anzilotti.

Il Diena sostenne che il principio dell'autonomia delle parti si afferma sia nel campo civile che in quello commerciale, direttamente nel primo caso e in via analogica nel secondo: da esso però non potrebbe desumersi la disciplina dei requisiti di validità del contratto e degli effetti delle obbligazioni, regolate in entrambe le materie dalla *lex loci actus* o dalla legge nazionale comune, ove esista, in quanto le parti potrebbero solo, nel quadro di una legge designata con criteri oggettivi, disporre circa gli elementi naturali del contratto⁽³⁴⁾.

(33) Il Codice di commercio del 1882 trae infatti origine dal progetto definitivo presentato al Senato nel 1877 dal Guardasigilli Mancini: sul punto, e per una bibliografia circa i lavori preparatori al codice, vedi Rocco (Alfredo), *Diritto Commerciale*, p. 28 ss. L'influsso del Mancini nell'elaborazione del Codice di commercio venne più volte messo in evidenza per dedurne la necessità di comprendere in un sistema unitario le due norme in materia di obbligazioni: così ANZILOTTI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, p. 624.

(34) Del DIENA vedi particolarmente, oltre il *Trattato* sopra ricordato, *Sull'interpretazione dell'art. 58 del Codice di commercio e La legge che determina la validità intrinseca delle convenzioni*. Per una tesi non molto difforme da quella sostenuta dal Diena vedi PACCHIONI, *Diritto internazionale privato*, p. 325 ss. Secondo il BALLADORE PALLIERI (*Il principio dell'autonomia dei contraenti...*, p. 143) spetterebbe al Diena il merito di avere iniziato la reazione positivista contro il giusnaturalismo manciniano. La tesi non mi sembra acco-

Nel dimostrare la fragilità della tesi, l'Anzilotti ne accolse sostanzialmente il motivo dominante, che è quello di distinguere fra la disciplina dei requisiti di validità dell'accordo, e la disciplina degli effetti dell'obbligazione. Senonchè egli dimostrò che l'una e l'altra disciplina operano su piani diversi e in un diverso sistema. L'accordo delle parti opera infatti in un primo momento nel sistema del giudice, al fine di attuare un richiamo; e in un secondo momento nel sistema richiamato, ove ad esso si ricollega la nascita di un rapporto d'obbligazione contrattuale.

Analizzando e sviluppando la distinzione l'Anzilotti ha chiarito come le parti pongano soltanto le premesse di fatto da cui deriva l'applicazione della legge: la volontà dei contraenti, come egli ha posto in rilievo, acquista pertanto valore giuridico soltanto in forza della norma che la contempla ⁽³⁵⁾. In tale modo si profila la necessità di valutare l'accordo delle parti in base alla norma di collegamento: ed a ciò l'Anzilotti ha potuto giungere dimostrando come l'art. 9 delle Preleggi intenda, mediante l'utilizzazione della volontà delle parti, disciplinare non già una parte del contenuto del contratto, ma l'obbligazione stessa

glibile sotto un profilo storico; ed infatti in primo luogo la reazione contro il Mancini fu quasi immediata; ed in secondo luogo l'opera del Mancini più che ad un giusnaturalismo si ispirava ad un universalismo individualista, come mi sono sforzato di dimostrare.

⁽³⁵⁾ Dell'ANZILOTTI vedi, oltre *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, il *Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)*, p. 325 ss. Nella letteratura italiana aveva accennato, richiamando le critiche mosse all'art. 9 e qui ricordate, ad una posizione affine a quella dell'Anzilotti il FUSINATO, di cui vedi *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*: nello studio interessano particolarmente le considerazioni a p. 600: « la volontà delle parti è bensì sovrana in materia di convenzioni, ma solo perchè la legge lo concede e nei limiti nei quali essa lo concede ». La tesi dell'Anzilotti venne largamente accolta dagli autori successivi: per un'ampia elaborazione della materia in questo senso vedi VELLA, *Obbligazioni (Diritto internazionale privato)*, p. 1022 ss. Contemporaneamente all'Anzilotti si ebbero nelle dottrine straniere atteggiamenti critici analoghi: per un accurato esame della materia, vedi per tutti CALEB, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, p. 129 ss. e, più recentemente, NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, studio questo che accoglie una tesi singolarmente affine a quella dell'Anzilotti.

nei suoi elementi obbiettivi di esistenza e di validità e nelle sue conseguenze giuridiche ⁽³⁶⁾.

L'Anzilotti non si arresta però a questo risultato. Egli sentiva profondamente il bisogno di avvicinare la concezione accolta dal legislatore del 1865 circa il valore dell'autonomia delle parti alle concezioni che limitavano l'idoneità dell'accordo ad effettuare il collegamento ai casi in cui il contratto apparisse intimamente connesso all'ordinamento designato ⁽³⁷⁾, ovvero presentasse un carattere internazionale ⁽³⁸⁾: concezioni che non solo apparivano prevalenti nei diritti stranieri, ma, come si è visto, avevano largamente influenzato la dottrina e la giurisprudenza italiana.

Quanto fosse radicata nell'Anzilotti la convinzione che l'autonomia delle parti debba poter effettuare un collegamento solo con i sistemi che presentano una connessione reale con il contratto lo si dimostra agevolmente considerando come tale tesi si sia affermata anche nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale quasi certamente per suo influsso ⁽³⁹⁾. Del tutto logica appare quindi la conclusione dell'An-

⁽³⁶⁾ Vedi *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, p. 631, e *Legge regolatrice delle obbligazioni secondo l'art. 58 Cod. di comm.*, p. 620.

⁽³⁷⁾ Sull'accoglimento delle concezioni oggettive nei sistemi continentali ed anglosassoni rimando alla sintesi del RABEL, *The conflict of Laws*, vol. II, p. 395 ss.

⁽³⁸⁾ Tale concezione si conservò a lungo nella dottrina italiana e venne definitivamente superata solo con i lavori del Perassi e degli scrittori che a lui si ricollegano. Ancora nel 1925 infatti il CERETI (*Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, p. 3 ss.), scriveva che la norma di diritto internazionale privato deve « determinare quale legge sia applicabile ad un rapporto di obbligazione, rispetto al quale si trovino in concorso o in conflitto più leggi di Stati diversi »: ossia limitava la possibilità di un richiamo ai sistemi oggettivamente connessi con il contratto. Anche il BALLADORE PALLIERI (*Il principio dell'autonomia dei contraenti*, p. 170 ss.) esclude che la norma di richiamo possa utilizzare un riferimento delle parti ad una legge che non sia in alcun modo collegata al contratto.

⁽³⁹⁾ La CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE durante la presidenza dell'Anzilotti, ha infatti pronunciato nelle due sentenze del 12-7-1929 che « la Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quell'est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont

zilotti che non sia tanto la mera volontà delle parti, quanto la volontà ragionevole di esse cui si deve attribuire un rilievo ai fini del collegamento: volontà che solo il giudice può individuare.

Mettendo in luce l'azione determinante svolta nel precisare il rilievo attribuito alla volontà delle parti dal giudice — organo dello Stato che applica il diritto statuale nell'attuazione del collegamento — l'Anzilotti ha coscientemente superate le premesse generali accolte dalla scuola italiana, attenuando di molto, con un cosciente richiamo alla tradizione del Savigny⁽⁴⁰⁾, la portata del principio veramente rivoluzionario enunciato in materia contrattuale dal Mancini. Nel medesimo tempo l'Anzilotti ha posto in evidenza la necessità di valutare l'accordo utilizzato ai fini del collegamento in modo autonomo e indipendentemente dalla valutazione che di esso si dia per disciplinare il contenuto dell'obbligazione contrattuale, il che invece si escludeva, e in modo logicamente corretto, da parte degli scrittori i quali accoglievano sino alle ultime conseguenze i presupposti universalistici della scuola italiana. La necessità di una duplice valutazione dell'accordo, che si effettua una prima volta ai fini del richiamo, e successivamente ai fini della disciplina del rapporto in due sistemi giuridici diversi, viene così espressamente individuata, e chiarita mediante una indagine analitica⁽⁴¹⁾.

10. Movendo da una concezione dichiaratamente positivista l'opera dell'Anzilotti ha posto le premesse su cui si fonda

accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté des parties. C'est d'ailleurs ce que semblent devoir faire aussi les tribunaux nationaux en l'absence de règles de droit national relatives à la solution des conflits de lois » (*Recueil, Série A*, nr. 20/21, p. 4).

⁽⁴⁰⁾ Vedi ANZILOTTI, *Il principio dell'autonomia*, p. 538.

⁽⁴¹⁾ Vedi ANZILOTTI, *Corso*, p. 341: « La legge così determinata... regola l'obbligazione come tale nel suo complesso e quindi anche nella sua intrinseca validità... »; in senso analogo OTTOLENGHI, *Lezioni di diritto internazionale*, p. 523 ss.; CAVAGLIERI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 166 ss.; SALVIOLI, *Note critiche sulle obbligazioni...*, pp. 49-50.

la costruzione che trovò nel Perassi un insuperabile espositore ⁽⁴²⁾.

Nel chiarire come sia l'ordinamento giuridico ad attribuire alla volontà privata la forza necessaria per individuare un ordinamento da cui si desumano le norme che disciplinano il contratto, il Perassi e la sua scuola portano alle estreme conseguenze la dottrina del Mancini, come lui affermando la necessità di escludere ogni limite oggettivo alla volontà delle parti diretta al richiamo di un ordinamento straniero, in quanto la semplice esistenza di essa attribuisce un carattere di estraneità al fatto da regolare ⁽⁴³⁾. La mancanza di limiti spaziali alla volontà delle parti veniva così dedotta da un argomento sistematico più che da una considerazione della volontà del legislatore: argomento, quest'ultimo, utilizzato invece da altri scrittori più inclini ad una concezione privatistica circa i compiti della norma di diritto internazionale privato ⁽⁴⁴⁾.

Profondamente diverse erano però le concezioni basilari assunte a fondamento delle due teorie. L'affermazione del Man-

⁽⁴²⁾ Del PERASSI vedi particolarmente *Nota* a Cassazione 21-1-1928, e *Nota* a Cassazione belga 24-2-1938. Si deve qui rilevare che manca — o almeno io l'ignoro — un'analisi circa l'influenza del pensiero del Perassi sull'evoluzione della scienza giuridica italiana in materia di autonomia privata, nonostante l'indubbio influsso che l'opera del compianto Maestro ha esercitato in questo campo.

⁽⁴³⁾ Su questo punto — su cui la dottrina italiana è quasi unanime — vedi particolarmente le affermazioni del QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, p. 17 ss., e del GIULIANO, *Le nuove norme di diritto internazionale privato in tema di navigazione*, p. 91 ss., e i riferimenti bibliografici ivi ricordati. In senso contrario Bosco, *Corso di diritto internazionale privato*, p. 106 ss. il quale richiama le affermazioni comuni nella dottrina straniera: vedi ad es. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, p. 35 ss. Una posizione singolare, nell'epoca in cui essa venne enunciata, fu assunta dal BISCORTINI, *Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*. Secondo questo scrittore dal rilievo che la volontà delle parti ha nel nostro ordinamento la possibilità di spaziare fra i vari sistemi senza limiti, discende che essa può riferirsi anche all'ordinamento italiano.

⁽⁴⁴⁾ Per una dimostrazione la quale largamente considera la volontà del legislatore e gli scopi che questi si è proposto, vedi FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato*, p. 709; BALLADORE PALLIERI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, p. 160; CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, p. 306.

cini tendeva a sottrarre la materia delle obbligazioni ad una disciplina statutale ed attribuiva all'accordo di volontà una funzione del tutto indipendente dalla norma di diritto internazionale privato: affermazione che venne capovolta dal Perassi e dalla sua scuola, che concludeva così, sintetizzandola ed esprimendola in una forma ancor più rigosa, la critica positivista dell'Anzilotti alle teorie della scuola italiana del 19° secolo.

Secondo la tesi del Perassi, la valutazione della volontà utilizzata per il collegamento discende infatti immediatamente dalla norma di diritto internazionale privato, di cui forma l'oggetto in quanto esprime il mezzo di collegamento da essa previsto, ed è del tutto autonoma dalla valutazione della volontà considerata quale fonte dell'obbligazione secondo l'ordinamento richiamato ⁽⁴⁵⁾.

L'espressione « volontà delle parti » non si sostanzia quindi in una medesima nozione, ma in due nozioni ben distinte, condizionate agli scopi per cui esse vennero utilizzate ed all'ambiente culturale che le ha espresse ⁽⁴⁶⁾.

11. Nel periodo immediatamente precedente alla codificazione del 1942, anno in cui entrarono in vigore le disposizioni preliminari al Codice civile e il Codice della navigazione, si

⁽⁴⁵⁾ Per una chiara enunciazione del principio rispetto al problema che qui interessa vedi MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, p. 57 e ZICCARDI, *Note esegetiche agli artt. 16-31 (diritto internazionale privato) delle « disposizioni sulla legge in generale »*, p. 24. Ad un identico risultato il medesimo autore giungerà invece in un secondo momento per altra via, e cioè in base a motivi di tecnica legislativa: « Il meccanismo delle norme di collegamento ha come risultato costante... di realizzare nella prima fase del suo funzionamento una completa individuazione di fatti determinati nella loro concretezza storica ». (*Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, p. 15).

⁽⁴⁶⁾ Nel diritto internazionale privato non venne particolarmente presa in esame la tendenza a entificare nozioni formulate con diversi significati in differenti situazioni storico culturali. Sull'argomento in generale vedi per tutti JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*. L'interpretazione della norma di cui all'art. 9 delle Preleggi ad opera del Mancini, degli autori successivi, e delle varie correnti della scuola positivista, offre un esempio di questo fenomeno.

ebbe nella dottrina italiana ed in materia di autonomia della volontà un vivo contrasto fra la tesi del Perassi e una diversa teoria⁽⁴⁷⁾, vivacemente sostenuta dal Betti, a cui si avvicinò in un primo momento il Balladore Pallieri⁽⁴⁸⁾. Questa teoria, enunciando nel campo delle obbligazioni contrattuali il principio privatistico da essa accolto⁽⁴⁹⁾, mise in rilievo come lo scopo pratico perseguito dalle parti non sia solitamente quello di richiamare per il regolamento di un'obbligazione *ex contractu* un altro sistema, bensì quello di disciplinare in modo indiretto rapporti concreti, conformemente alla funzione economico-sociale tipica del negozio; e quindi mise in dubbio la possibilità di effettuare la distinzione fra volontà utilizzata ai fini del collegamento e volontà che tende ad un richiamo recettizio di norme straniere ai fini della disciplina di singoli elementi contrattuali. Questo diverso rilievo attribuito all'intento pratico delle parti non deve però far dimenticare come tanto il Perassi quanto

(47) Per una elencazione degli scrittori che hanno seguito le opposte tesi, vedi BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, p. 370, nota 64, e CURTI GIALDINO, *Sulla configurazione dell'art. 25, 1° comma delle Preleggi, come norma dispositiva*, note a pp. 253, 254, 255.

(48) Del BETTI vedi lo studio *Autonomia privata...*, e del BALLADORE PALLIERI vedi *Il principio dell'autonomia dei contraenti*.

(49) In questo studio si distinguono, nell'ambito della scuola positivista di diritto internazionale privato, due correnti: l'una privatistica, per cui la norma di diritto internazionale privato avrebbe il compito di valutare fatti e rapporti reali; l'altra, pubblicistica, per cui la norma di richiamo si limita a determinare sistemi stranieri dai quali vengono desunte valutazioni sostanziali, che restano al di fuori del suo contenuto (così ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, p. 16 e ALFONSIN, *Contribution à l'étude de la relation juridique...*, p. 27 ss., il quale chiarisce che secondo la concezione privatistica la norma di diritto internazionale privato « régit elle même la relation »).

Comune è pertanto nell'una e nell'altra corrente il metodo positivo d'indagine, e comune è la premessa del valore preminente della norma statale nella costruzione sistematica del diritto internazionale privato (e per una contrapposizione fra la concezione positivista-privatistica e la concezione classica, universalistica del diritto internazionale privato vedi ALFONSIN, *op. cit.*, p. 27). Il presente studio si propone di dimostrare attraverso l'analisi di un problema particolare l'atteggiamento unitario nel metodo utilizzato, e nelle premesse accolte dalla scuola italiana di diritto internazionale privato.

il Betti ed il Balladore Pallieri partano dalle medesime premesse positiviste: e pertanto le due teorie riconducono il richiamo che le parti effettuino a leggi straniere alla norma di diritto internazionale privato che sussume la volontà, e sostengono la necessità che la *lex fori* valuti i requisiti dell'accordo che essa utilizza ai fini del richiamo.

L'adesione ad una concezione positivista circa il compito attribuito alla volontà delle parti in materia di obbligazioni contrattuali è pertanto, nei due scrittori, piena e senza riserve. Il Betti anzi accentua notevolmente la tendenza della scuola italiana a ricondurre ogni funzione dell'accordo alla norma di richiamo che lo sussume. Egli infatti chiarisce che alle parti è attribuito dalla norma di diritto internazionale privato solo il potere di indicare la legge che normalmente meglio risponde alle esigenze del caso concreto⁽⁵⁰⁾; ciò che esse compiono attuando uno scopo d'indole empirica, quale quello di assumere a contenuto del negozio quella legge⁽⁵¹⁾.

Le identiche premesse accolte spiegano come il Betti ed il Balladore Pallieri non siano giunti, nel risolvere il problema della validità dell'accordo, a risultati sostanzialmente difformi da quelli accolti dalla corrente pubblicistica: anch'essi hanno infatti mantenuto una precisa distinzione fra la disciplina dell'accordo utilizzato ai fini del richiamo e la disciplina dell'accordo considerato quale fonte dell'obbligazione, ed hanno escluso che la disciplina dei requisiti del contratto nel sistema richiamato possa aver rilievo rispetto alla norma del diritto internazionale privato che utilizza l'accordo ai fini del collegamento.

Questa sostanziale affinità si dimostra agevolmente seguendo lo sviluppo successivo del pensiero dell'uno e dell'altro⁽⁵²⁾.

(50) BETTI, *Autonomia privata...*, p. 21.

(51) *op. cit.*, p. II ss.

(52) Circa l'analogia della impostazione e nei risultati fra gli scritti del Perassi e l'*Autonomia privata* del Betti, vedi BALLADORE PALLIERI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, p. 148. Per l'opera successiva del Betti, e circa la sostanziale adesione che egli dà alla tesi accolta dalla prevalente dottrina italiana

Il Betti, riprendendo in un secondo momento in esame il problema del richiamo a leggi straniere ⁽⁵³⁾, ha tenuto ampiamente conto degli studi da lui stesso compiuti nel frattempo circa il problema della interpretazione — che egli, come è noto, considera una categoria logica a sè stante — e circa l'ulteriore sviluppo dato al problema dell'autonomia privata, rispetto al quale egli ha ripetuto e chiarito l'affermazione per cui non solo l'autonomia è un fenomeno precedente alla tutela giuridica, ma esiste una autonomia extragiuridica, indipendente da ogni riconoscimento statale ⁽⁵⁴⁾.

Da una parte quindi lo scrittore riafferma come nell'art. 25 delle Preleggi non si configuri in alcun modo un fenomeno d'autonomia privata; ma d'altra parte egli è portato ad attenuare il principio per cui i presupposti di validità dell'accordo utilizzato ai fini del richiamo debbono essere valutati esclusivamente in base alla *lex fori*: ed infatti, dato il sensibile disagio di un trasferimento meccanico delle norme sostanziali della *lex fori* « quando vengano utilizzate per integrare l'interpretazione delle norme di collisione », sarà necessario « uscire dai rigidi quadri e schemi tracciati dalle norme sostanziali di essa *lex fori*, per dar modo di conferire a tali quadri e schemi una elasticità tale da far sì che essi possano modificarsi e allacciarsi in corrispondenza con le concezioni dogmatiche di leggi diverse » ⁽⁵⁵⁾.

in materia di richiamo, ed in particolare sulla riaffermazione che egli fa del carattere di esclusività degli ordinamenti giuridici, vedi RUINI, *La dottrina italiana di diritto internazionale privato e processuale*, p. 493. Restano le eccezioni che lo scrittore muove circa il carattere di completezza dell'ordinamento: opportuno quindi è il rilievo del QUADRI (*Lezioni di diritto internazionale privato*³, p. 265) circa il carattere eclettico della costruzione del Betti. Sulla concezione privatistica del diritto internazionale privato propria del Balladore Pallieri, e sui rapporti di essa con le diverse teorie accolte nella dottrina italiana, vedi PAU, *I problemi generali del diritto internazionale privato*, p. 488 ss.

⁽⁵³⁾ Vedi BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, p. 481 ss., e in particolare p. 497 ss.

⁽⁵⁴⁾ Vedi BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 39-45. In particolare vedi p. 45, nota 4.

⁽⁵⁵⁾ Vedi BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, p. 498.

All'attività interpretativa viene quindi affidato il compito di conciliare gli inevitabili contrasti che sorgono dalla diversità del sistema richiamante e del sistema richiamato.

Se il Betti sembra incline a modificare la tesi generale accolta circa l'interpretazione della norma di richiamo, il Ballardore Pallieri ha invece, in materia di obbligazioni contrattuali, aderito agli sviluppi della scuola positivista, alla quale egli stesso aveva dato un sostanziale contributo. Egli ha infatti in un secondo momento data una adesione esplicita alla costruzione del Quadri, riconoscendo che ai contraenti viene attribuito un vero e proprio potere di decidere quale sia la legge applicabile, e riaffermando chiaramente come i requisiti di validità dell'accordo utilizzato ai fini del richiamo vengano posti dal sistema di diritto internazionale privato e quindi dalla *lex fori* ⁽⁵⁶⁾.

Gli studi del Betti e del Ballardore Pallieri si inseriscono quindi, pure nelle notevoli diversità, nel filone della scuola positivista. Insistendo sul punto già precisato dal Perassi che all'autonomia formale non corrisponde una forma propria di manifestazione di volontà, essi hanno individuato la possibilità di effettuare un richiamo quando — ed è il caso normale — l'intento pratico delle parti sia quello di disciplinare indirettamente un rapporto di obbligazione contrattuale, di regolare cioè il contenuto del contratto. Nel precisare poi come un intento pratico rivolto ad uno scopo possa, per una norma dell'ordinamento richiamante, venire utilizzato ad un fine diverso, si è intravista la possibilità di inserire una valutazione dello scopo concretamente perseguito dalle parti nel meccanismo della norma di collegamento.

Rispetto all'evoluzione del sistema positivo italiano l'influenza dei lavori del Ballardore e del Betti non ebbe invece quel rilievo che potè apparire in un momento dell'*iter* legislativo. Mettendo in rilievo l'intento pratico perseguito dai contraenti

⁽⁵⁶⁾ Vedi BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 232 ss.

mediante l'accordo di volontà, togliendo al criterio di collegamento dato dall'autonomia delle parti l'assoluta preminenza ad esso attribuita, precisando il carattere speciale del diritto indicato dalle parti, le indagini dei due scrittori portavano comunque a far disciplinare i requisiti essenziali dell'accordo di volontà in base a norme individuabili secondo indici obbiettivi. Sotto questo aspetto si raggiungevano risultati coincidenti con la sempre viva tendenza giurisprudenziale che proprio allora riprendeva vigore e che cercava di interpretare il contratto e di precisarne le condizioni di validità in base ad una legge obbiettivamente determinabile⁽⁵⁷⁾, e trovavano un raffronto nelle critiche formulate *de jure condendo* da taluni scrittori all'adozione del principio di autonomia⁽⁵⁸⁾.

Si noti, infine, come rispetto alla norma sulle obbligazioni contrattuali contenuta nel sistema del 1942 scarso sia stato l'influsso dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che dalla metà del secolo XIX in poi si compiva nei sistemi anglosassoni e continentali, esprimendosi nel campo scientifico nella Risoluzione fiorentina del 1908 e nei lavori successivi dell'*Institut de droit international*, nei progetti di convenzioni e nei lavori delle conferenze diplomatiche per l'unificazione del diritto internazionale privato⁽⁵⁹⁾.

(57) Vedi in questo senso APPELLO VENEZIA, 30-3-1928.

(58) Vedi ad es. AGO, *Rapporti di obbligazione*, p. 162: « tutte le considerazioni fin qui fatte sembrano autorizzare la conclusione che, nel diritto internazionale privato, alla volontà delle parti siano da preferire criteri di collegamento obbiettivi come momenti di collegamento per designare la legge competente per le obbligazioni da contratto ».

(59) Sul punto vedi in senso conforme al testo MAKAROV, *Die Resolution des « Institut de droit international » über das internationale Obligationenrecht von 1908*, particolarmente a p. 307. Per gli sviluppi successivi alla Risoluzione fiorentina dei lavori dell'Istituto — nei quali invece non si giunse a concretare altre risoluzioni, ma dove il principio dell'autonomia ebbe, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, notevoli affermazioni — e per i lavori della VI e della VII Conferenza dell'Aja, vedi NOLDE, *Détermination de la loi*, e, per un limpido e vivace *excursus*, GUTZWILLER, *Das Kaufrecht*, pp. 21-23.

Sulla VI Conferenza, ove la materia dei conflitti relativi ai contratti di ven-

La riaffermazione dell'autonomia delle parti di cui all'art. 25 disp. prel. è quindi indipendente dallo sviluppo ininterrotto del principio in campo internazionale⁽⁶⁰⁾: sviluppo che si viene accentuando, tanto che recentemente esso è stato accolto anche nell'ordinamento particolare degli Stati aderenti alle Comunità europee⁽⁶¹⁾. Il principio dell'autonomia assume però nel diritto delle Comunità un significato diverso che nel diritto generale degli Stati in quanto si richiama agli aspetti interindividuali propri di quel sistema.

12. Da un esame dei lavori preparatori delle Disposizioni preliminari al Codice civile del 1942 non possono trarsi argomenti diretti, come invece comunemente si ritiene, a favore della tesi che la volontà delle parti debba venire valutata, ai fini della idoneità ad effettuare un richiamo, in base alla *lex fori*⁽⁶²⁾.

Il progetto preliminare all'art. 13 accoglieva nel modo più ampio ed esclusivo il principio dell'autonomia delle parti per la disciplina delle obbligazioni contrattuali escludendo ogni altro collegamento, ma sottoponeva la disciplina dei requisiti ri-

dità internazionale fu esaminata dalla IV Commissione, vedi LA TERZA, *La VI Conferenza di diritto internazionale privato*, pp. 63-73.

(60) GUTZWILLER, *op. cit.*, p. 26: « Seit 1928 hat die « Autonomie de la volonté » in der Welt grosse Fortschritte zu verzeichnen ». Difeso quasi unicamente dall'Anzilotti nella sessione dell'Aja dell'*Institut de droit international* del 1925, il principio dell'autonomia venne largamente sostenuto tre anni dopo, alla 6^a conferenza di diritto internazionale privato svoltasi all'Aja nel 1928, dove furono predisposti tre diversi progetti di convenzioni sui conflitti in materia di contratto di vendita, e venne accolto senza alcuna limitazione nel Progetto sulla legge applicabile alle vendite aventi carattere internazionale di beni mobili, redatto nella 7^a conferenza tenuta all'Aja nel 1951 ed accolto nella Convenzione del 15 giugno 1955.

(61) Nelle Comunità europee il principio dell'autonomia dei contraenti si afferma rispetto alla disciplina dei contratti stipulati dalle Comunità stesse, per gli artt. 42 del Trattato della C.E.C.A., 181 del Trattato della C.E.E., 153 del Trattato della C.E.E.A.: tale almeno mi sembra l'opinione preferibile (vedi MIGLIAZZA, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, p. 133 ss., e in senso conforme VITTA, *L'integrazione europea*, p. 208).

(62) In quest'ultimo senso è invece tutta la dottrina più recente. Vedi, ad es. da ultimo BARILE, *Collegamento (criteri di)*, p. 371.

chiesti per la validità dell'accordo ad una legge determinabile in modo obbiettivo, quale la *lex loci actus* ⁽⁶³⁾. Nella norma è evidente il richiamo all'affermazione tipicamente positivista secondo cui era assurdo attribuire alle parti un compito che spetta esclusivamente al legislatore, quale quello di determinare la legge che regola i requisiti essenziali di validità del contratto ⁽⁶⁴⁾: concezione che si era affermata nel medesimo periodo nella dottrina e nella giurisprudenza di vari Stati europei ⁽⁶⁵⁾.

Numerose furono le obiezioni mosse alla norma, di cui si criticava soprattutto l'incertezza, in quanto essa accoglieva nel primo capoverso il principio dell'autonomia della volontà, e nel secondo capoverso il principio opposto della *lex loci contractus* ⁽⁶⁶⁾. Tali obiezioni esercitarono una influenza indubbia-

⁽⁶³⁾ Per l'art. 13 del Progetto preliminare « le obbligazioni che nascono da convenzioni sono regolate dalla legge alla quale le parti hanno dichiarato di riferirsi. In mancanza di espressa dichiarazione si applica la legge che si desume dalla volontà tacita delle parti emergente dalle clausole del contratto e dall'insieme delle circostanze. Le condizioni richieste per la validità del contratto sono determinate dalla legge del luogo nel quale il contratto sarebbe stato concluso ». Per i dati e per l'interpretazione dei lavori preparatori al C.c. del 1942, vedi PANDOLFELLI ed altri: *Codice civile commentato*, vol. I, p. 41 ss.; SCERNI, *Il diritto internazionale privato nella nuova codificazione*, p. 69 ss.; *Codice civile - Libro I - Commentario* (a cura del D'AMELIO: la parte considerata è del BALLADORE PALLIERI) p. 67 ss.

⁽⁶⁴⁾ Vedi sul punto FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, p. 715.

⁽⁶⁵⁾ Particolari affinità col principio accolto nell'art. 13 del Progetto preliminare si sono avute nella dottrina e nella giurisprudenza elvetica. Il Tribunale federale ha infatti sino al 1951 sottoposto l'accertamento della validità dei contratti alla *lex loci contractus*, e gli effetti dei contratti alla legge di autonomia. Solo con una sentenza del 12-2-1952 anche la validità dei contratti venne sottoposta alla legge indicata dalle parti, concependo come tale, in mancanza di una concreta indicazione « ce que des personnes raisonnables, placés dans les mêmes circonstances, auraient pensé et voulu » (vedi sul punto SAUSER HALL, *Exposé comparatif*, p. 373-376).

⁽⁶⁶⁾ Vedi sul punto ACO, *Le norme di diritto internazionale privato nel progetto di Cod. civ.*, p. 329 ss., per il quale autore l'art. 13 del Progetto preliminare rifletteva non tanto uno sforzo di conciliare due opposti principi, quanto « la conseguenza della confusione fra due problemi distinti », e cioè il richiamo ad una legge straniera e la disciplina del rapporto obbligatorio; e SCERNI, *op. cit.*, p. 74. Anche per il BOSCO, *Le norme di dir. int. privato nel progetto del C.c.*

mente notevole: nell'art. 18 del Progetto definitivo, che corrisponde quasi testualmente all'art. 15 delle Disposizioni sulla applicazione delle leggi in generale, divenuto l'art. 25 nel testo coordinato, è infatti caduto il capoverso mentre accanto al criterio della volontà venivano adottati due criteri di natura oggettiva. I lavori preparatori non riflettono però in alcun modo il deciso cambiamento nell'indirizzo legislativo, mentre gli altri mutamenti accolti venivano ampiamente motivati⁽⁶⁷⁾. Ciò ha dato luogo a varie incertezze interpretative, in quanto taluni scrittori hanno sostenuto che il 2° cpv. dell'art. 13 del progetto preliminare fosse stato eliminato solo per motivi di semplificazione del dettato legislativo⁽⁶⁸⁾.

italiano, p. 109 ss. il criterio accolto dall'art. 13 nasce « da una confusione fra il concetto di volontà delle parti in funzione di criterio di collegamento e il concetto di volontà contrattuale »; il che risulterebbe evidente da un'analisi della Relazione. Invece il FEDOZZI, *Appunti sul progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, ritiene che l'art. 13 trasferisca « dai privati al giudice la delega legislativa contenente il potere di indicare la legge regolatrice delle obbligazioni convenzionali », togliendo a questo potere la parte preminente « che dà all'autonomia il suo valore più importante e più discusso » (*op. cit.*, pp. 45-46). Il CAVAGLIERI (*Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 185) sostiene che la norma accolta giunga sostanzialmente a negare il principio dell'autonomia delle parti, che pure solennemente si proclamava. L'affermazione è però discutibile: l'art. 13 accoglie in pieno la distinzione positivista fra volontà concepita come mezzo di richiamo e volontà che disciplina il contratto.

(67) Afferma infatti la Commissione reale che « quando sorga contestazione sull'esistenza stessa del contratto, non è possibile la determinazione di una legge regolatrice, basata sulla volontà delle parti che essa stessa è oggetto di discussione. In tal caso è necessario stabilire quale sia la legge regolatrice. È parsa opportuna la legge del luogo in cui il contratto sarebbe stato concluso. Si sarebbe potuto indicare in via subordinata anche la legge comune ai contraenti nel caso che questi fossero della stessa nazionalità, ma trattandosi di una ipotesi abbastanza rara è parso opportuno semplificare il precetto legislativo ». Vedi PANDOLFELLI, *op. cit.*, p. 41.

(68) Vedi BALLADORE PALLIERI, in D'AMELIO, *Codice civile. Commentario*, p. 69, ove si afferma che il problema della valutazione dei requisiti dell'accordo si risolve richiamando la *lex loci actus* o la legge nazionale comune e non la *lex fori*. Come si ebbe già occasione di ricordare la medesima affermazione venne ripetuta anche recentemente dal MONACO, in base alla considerazione che la volontà-richiamo non può venire valutata in base ad una legge indicata dalle parti, ed è quindi necessariamente sottoposta agli altri due criteri di collegamento utilizzati

Rimane da aggiungere come nei lavori preparatori degli artt. 9 e 10 delle disp. prel. al Codice della navigazione, in cui si attribuisce alla volontà delle parti una funzione di richiamo di leggi straniera, non si trovino elementi atti a suffragare l'una o l'altra tesi ⁽⁶⁹⁾. Si deve però rilevare il comune convincimento che tali norme debbano, in linea di massima, interpretarsi tenendo conto dei principi generali desumibili dalla interpretazione dell'art. 25 delle disp. prel. al Codice civile ⁽⁷⁰⁾.

dalla norma che disciplina le obbligazioni contrattuali, in quanto da tale richiamo viene esclusa la possibilità dell'applicazione della *lex fori* (vedi *L'efficacia della legge nello spazio*², p. 227 ss.). Tali opinioni, anche se partono da premesse diverse, giungono in sostanza al medesimo risultato accolto nella tesi, largamente diffusa anche in opere recentissime nella dottrina straniera (vedi ad es. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, p. 13 ss.), per cui dovrebbe in un primo momento determinarsi un sistema che possa regolare le obbligazioni contrattuali, e ciò in base a criteri oggettivi; e nell'ambito di quel sistema valutare la possibilità attribuita all'accordo delle parti di richiamare, in misura maggiore o minore, leggi straniere. Per un coerente sviluppo delle premesse accolte dal Perassi e dall'Ago, e quindi per una diversa interpretazione dell'art. 25 vedi invece ZICCARDI, *Note esegetiche*, p. 24.

⁽⁶⁹⁾ Per l'art. 9 disp. prel. al Codice della navigazione « i contratti di lavoro della gente di mare, del personale navigante della navigazione interna e del personale di volo, sono regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile salva, se la nave o l'aeromobile è di nazionalità straniera, la diversa volontà delle parti ». Per l'art. 10 « i contratti di locazione, di noleggio, di trasporto sono regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile, salva la diversa volontà delle parti ».

⁽⁷⁰⁾ In questo senso UDINA, *Le disposizioni preliminari del Codice della navigazione*, p. 58 e, con riferimenti alla dottrina precedente, GIULIANO, *Le nuove norme*, p. 39.

III

LA VALUTAZIONE DELL'ACCORDO DELLE PARTI NELL'ORDINAMENTO RICHIAMANTE E NELL'ORDINAMENTO RICHIAMATO

SOMMARIO: 13. Premesse generali. — 14. Esame critico delle affermazioni della dottrina positivista condotto in base alle premesse da essa accolte. — 15. In quale modo ed entro quali limiti l'accordo di volontà venga utilizzato ai fini del collegamento. — 16. Conseguente necessità di valutare l'accordo sia in base alla *lex fori* che in base alla *lex causae*. Sul nesso di pregiudizialità esistente fra i due giudizi. — 17. Implicazioni relative alla soluzione accolta. Il nesso di pregiudizialità e la sua utilizzazione nel diritto internazionale privato in generale. — 18. Esame della soluzione accolta relativamente alla volontà delle parti in base al testo dell'art. 25 disp. prel. al C.c. e alla elaborazione della norma. Sul principio adottato nella Convenzione sulla legge applicabile alle vendite di carattere internazionale di cose mobili. — 19. Analisi di talune dottrine che partono da una critica delle posizioni estreme della teoria positivista. La tesi del Quadri e la tesi del Bentivoglio. Punti di contatto fra i due scrittori. Osservazioni circa la valutazione dell'accordo nei loro più recenti lavori. — 20. La tesi del Barile. Come nelle teorie degli scrittori presi in esame (e in particolar modo nella teoria del Barile) non si abbandonino completamente le affermazioni essenziali della concezione positivista. — 21. Delimitazione del criterio di collegamento dato dall'accordo delle parti agli aspetti sostanziali della manifestazione di volontà. Come si ponga diversamente il problema della disciplina dei requisiti formali dell'accordo. — 22. Il problema della disciplina dei presupposti e dei requisiti soggettivi dell'accordo: qualità di soggetto nelle parti, loro capacità di diritto e di agire; e soluzione di esso attraverso il richiamo operato dall'art. 17 delle Preleggi.

13. Nel capitolo che precede si è cercato di dimostrare come la tesi accolta dalla scuola positivista italiana non si possa richiamare a dati desumibili dai lavori preparatori: ed in effetti essa, in modo del resto coerente al metodo di indagine che le è proprio, si fonda essenzialmente su di un argomento sistematico, sia pure di grandissimo rilievo. La norma di diritto internazionale

privato esaurirebbe la propria funzione nel collegamento ad un diritto straniero, la cui concreta applicazione non esercita alcuna efficacia rispetto al funzionamento della norma di richiamo; quindi l'interpretazione di ciò che attiene alla circostanza di collegamento non può venire in alcun modo determinata da una valutazione propria dell'ordinamento richiamato. Ed anche quanto in talune ipotesi — nazionalità delle persone fisiche e degli enti morali, legge della bandiera per la nave e l'aeromobile — il funzionamento della norma di richiamo viene condizionato al concreto modo d'essere di un ordinamento straniero, quest'ultimo viene configurato come un mero fatto, del tutto estraneo all'ordinamento richiamante, che non si inserisce nel precetto e neppure nella previsione della norma di diritto internazionale privato.

Rispetto al funzionamento della norma che regola la funzione di richiamo esplicita dalla volontà delle parti nel campo delle obbligazioni contrattuali, la dottrina dominante non configura però neppure l'esistenza di un fenomeno condizionante che si attui entro l'ambito ristretto che fu sopra chiarito: si precisa infatti come l'accordo di volontà, assunto quale criterio di collegamento, non abbia nulla a che fare colla manifestazione di volontà a cui si ricollega il sorgere del negozio giuridico nell'ordinamento richiamato, in quanto la volontà, considerata quale fonte di un'obbligazione, costituisce l'esercizio di un potere giuridico di autonomia conferito alle parti da un ordinamento, il che presuppone venga previamente determinato l'ordinamento dal quale discende il potere di autonomia contrattuale ⁽¹⁾.

La determinazione dell'ordinamento richiamato ad opera della volontà delle parti si attua quindi in base al rilievo attribuito ad una circostanza del contratto, del tutto eguale a qualsiasi altra venga assunta a criterio di collegamento: si tratta quindi, secondo il Perassi, di una circostanza di fatto, tanto che

(¹) Così MORELLI, *Elementi*, p. 57.

sarebbe improprio il parlare di un potere di autonomia attribuito alle parti di richiamare un diritto straniero ⁽²⁾; nè, una volta attuato il richiamo, la valutazione dell'accordo di volontà che si opera nel sistema richiamato al fine di ricollegarvi un rapporto obbligatorio può influire in qualsiasi modo sul richiamo stesso ⁽³⁾.

14. Le affermazioni del Perassi, sviluppate dall'Ago e sostanzialmente accolte dalla dottrina italiana, non sembrano insuperabili, neppure ove se ne accolgano i presupposti. Esse infatti trovano il proprio fondamento nel dato che ogni sistema giuridico assume solitamente a circostanze di richiamo fatti ai quali attribuisce rilievo in base a concetti tecnico-giuridici caratteristici di quel sistema, che hanno in esso ed in virtù di esso un valore: ad esempio la determinazione del luogo dove è sorta una obbligazione contrattuale (art. 25, I° comma disp. prel.), soprattutto nel caso di contratto fra persone lontane, o la determinazione del luogo in cui è sorta un'obbligazione non contrattuale (art. 25 2° comma disp. prel.) avviene mediante l'utilizzazione di concetti ed espressioni, ed anche di principi giuridici propri del diritto italiano: almeno così ritiene la dottrina italiana prevalente, in vivace contrasto con molti scrittori stranieri, e così ha recentemente affermato la Corte di Cassazione ⁽⁴⁾. Ma se ciò è vero in linea normale, non è meno vero che ciò non avviene necessariamente, e nulla vieta all'ordinamento richiamante di determinare le circostanze di collegamento o i presupposti di esse utiliz-

⁽²⁾ Così PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, p. 176.

⁽³⁾ Sul punto vedi per tutti AGO, *Rapporti di obbligazione*, p. 158.

⁽⁴⁾ Infatti nella sentenza 18-9-1959 n. 2591 la Corte ha precisato che quando la norma di diritto internazionale privato pone criteri di richiamo che implicino un riferimento a norme giuridiche, tale riferimento deve intendersi fatto alle norme del sistema cui appartiene la norma di richiamo. Il principio è stato di recente riaffermato dalla Corte Suprema, nella sentenza 27-3-1961, con una motivazione favorevolmente annotata dal SERENI, *Questioni di diritto internazionale privato in tema di riconoscimento di figlio naturale*.

zando le valutazioni di un diverso sistema giuridico: un esempio classico è dato dalla distinzione in classi delle cose, il che nelle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento inglese avviene mediante l'utilizzazione di espressioni tecnico-giuridiche proprie dei diritti continentali e che si richiamano ad istituti ignoti al diritto materiale inglese ⁽⁵⁾.

Dal punto di vista logico nulla quindi impedisce che l'ordinamento richiamante nel determinare la circostanza assunta per il collegamento utilizzi la configurazione che alla circostanza medesima (nel nostro caso ad un accordo di volontà) viene data nell'ordinamento richiamato. Si può quindi porre correttamente il problema se il diritto internazionale privato italiano utilizzi o meno i principi che nel sistema richiamato disciplinano l'accordo delle parti.

Così chiarito il problema, non può non apparire singolare la soluzione decisamente negativa che ad esso generalmente viene data nel campo delle obbligazioni contrattuali, ove il meccanismo di richiamo appare perfettamente identico ad altre ipotesi che, secondo la dottrina italiana, costituiscono eccezioni al principio della valutazione esclusiva del fatto di collegamento ad opera del sistema di diritto internazionale privato.

Si afferma infatti in primo luogo che, per determinazione della *lex fori*, le qualifiche relative alla nazionalità della persona fisica, della nave e dell'aeromobile debbano venire desunte dalla legge straniera di cui si discute la possibilità di un richiamo ⁽⁶⁾: dalle valutazioni di essa discende quindi la possibilità che un determinato fatto storico venga o meno utilizzato ai fini del collegamento.

Ancora più interessante è il problema della personalità del-

⁽⁵⁾ Vedi sul punto MIGLIAZZA, *Aspetti della classificazione dei beni secondo il diritto inglese*, e *Sulla legge da cui viene regolata la classificazione dei beni*. Nei due studi mi sono occupato in modo particolare del problema delle qualificazioni: ma il fenomeno ha rilievo anche rispetto alla valutazione della circostanza assunta dalla *lex fori* per il collegamento.

⁽⁶⁾ Così MORELLI, *Elementi*, p. 43 ss.

l'ente morale straniero, il cui *status* o la cui capacità si tratta di regolare. Anche in questo caso si ritiene impossibile prescindere dalla valutazione del sistema straniero: ma il principio viene dalla dottrina formulato in maniera parzialmente diversa. Per uno scrittore infatti ⁽⁷⁾ l'attribuzione della personalità agli enti collettivi stranieri viene subordinata, in base al principio desumibile dall'art. 16, 2° comma delle Preleggi, al conferimento all'ente della personalità nell'ordinamento dello Stato cui esso appare collegato. Le norme straniere in materia non vengono però inserite nell'ordinamento italiano per effetto di una norma di diritto internazionale privato, ma costituiscono semplicemente il presupposto cui viene condizionato il funzionamento della norma italiana attributiva della personalità. Per un altro scrittore invece ⁽⁸⁾ rispetto ad una società straniera l'ordinamento italiano si limiterebbe — come per ogni valutazione estranea alla sua sfera spaziale — a riconoscere la realtà giuridica creata da un diverso sistema di diritto: l'accertamento dell'esistenza di una società straniera appare comunque un mero problema di fatto « nel senso che su esso non incide alcuna norma nostra ».

Alle teorie qui considerate ed alle teorie analoghe sostenute sulla base del Codice civile del 1865 è comune la convinzione che il modo di essere del sistema italiano di diritto internazionale privato venga, in taluni casi, condizionato dall'esistenza di valutazioni operanti in altri sistemi: sia che tali valutazioni condizionino immediatamente il funzionamento della norma di diritto internazionale privato, sia che esse si limitino a circoscrivere l'ambito di applicazione delle norme materiali. Senonchè tali teorie cercano di escludere che la struttura stessa della norma di richiamo possa venire determinata da tali valutazioni.

⁽⁷⁾ Così MORELLI, *Elementi*, p. 86. In senso analogo il DURANTE, *La prova del diritto straniero*, p. 83, ritiene che questo caso configuri una ipotesi di fatto in cui la valutazione straniera si inserisce nella valutazione della norma interna.

⁽⁸⁾ Così CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, pp. 144-145.

Queste ultime rimangono pur sempre elementi di fatto estranei alla norma di diritto internazionale privato e non vengono considerate come oggetto della fattispecie della norma. In materia di obbligazioni contrattuali, invece, si nega una qualsiasi rilevanza alla valutazione dell'ordinamento estraneo nonostante che i dati del problema appaiano identici a quelli dei problemi relativi alla personalità delle persone fisiche e delle navi ed alla personalità degli enti collettivi.

15. La prima considerazione che deve farsi per risolvere il problema proposto è relativa alla possibile identità dell'accadimento storico — nella specie un accordo di volontà — che viene utilizzato dalla *lex fori* ai fini del collegamento, e dall'ordinamento richiamato per disciplinare un insieme di situazioni giuridiche. Da un medesimo accadimento storico discendono quindi in due ordinamenti differenti, ma collegati l'uno all'altro, due conseguenze diverse: strumentali le une, e materiali le altre; e si ponga in risalto il fatto che le prime vengono ricollegate all'accordo dalla norma di diritto internazionale privato solo in funzione della disciplina materiale che ad esso verrà attribuita mediante il richiamo di leggi straniere.

Quale rilievo assumano queste considerazioni, lo si può determinare confrontando il funzionamento del criterio dato dalla volontà delle parti con il funzionamento di un qualsiasi altro criterio di richiamo, rispetto al quale la dottrina tradizionale ritenga non possa avere influenza la valutazione propria dell'ordinamento richiamato. Quando ad es. si utilizza il criterio del luogo di conclusione di un contratto, si assume quale circostanza di collegamento una determinata individuazione spaziale di un accordo di volontà mentre il sistema richiamato dovrà valutare la validità dell'accordo medesimo e, ove questa sussista, le conseguenze di esso. Nessun giudizio circa la validità dell'accordo potrà pertanto influire sul collegamento, ben potendosi accertare il luogo di conclusione di un contratto in maniera del

tutto indipendente dall'accertamento della validità di esso. Il fatto utilizzato per il collegamento ed il fatto utilizzato dalla legge richiamata per disciplinare il contratto, pur presentando interferenze ed essendo legati da un nesso di condizionamento, possono pertanto venire valutati in modi del tutto estranei e distinti.

Quando invece il fatto rilevante che si utilizza ai fini del collegamento viene dato da un accordo di volontà, questo si identifica col fatto che viene valutato nell'ordinamento richiamato per dedurne l'idoneità o la inidoneità a produrre effetti giuridici. La valutazione della sussistenza dei requisiti di validità dell'accordo avviene poi nella *lex fori*, come già si è visto, solo allo scopo di effettuare un richiamo, il quale esercita quindi una funzione strumentale rispetto alla valutazione che l'interprete dà circa il fatto medesimo, ai fini della disciplina degli effetti dell'obbligazione.

Nel caso dell'accordo di volontà, in cui la funzione del richiamo si attua utilizzando lo strumento stesso a cui si ricollega il sorgere di situazioni giuridiche materiali, appare estremamente felice proprio l'espressione « strumentale », assunta per dedurne la designazione della corrente pubblicistica della moderna scuola italiana di diritto internazionale privato, e con cui si mette in rilievo come la valutazione giuridica delle circostanze di collegamento venga effettuata solo per concretare lo strumento mediante il quale si determina un sistema estraneo atto a porre una serie di valutazioni sostanziali ⁽⁹⁾.

Nel disciplinare ai fini del collegamento un accordo di volontà, la norma di diritto internazionale privato può indubbiamente prescindere dalla valutazione che il diritto straniero richiamato dia circa la validità dell'accordo. Ma dato il carattere strumentale proprio della funzione di collegamento, e dato che per essa si utilizza il medesimo accadimento storico utilizzato

⁽⁹⁾ Per le caratteristiche della corrente strumentalistica (o pubblicistica) vedi *supra*, cap. II, nota 40.

nel diritto straniero per ricollegarvi il sorgere di situazioni giuridiche materiali, sembra corretto richiedere che un tale atteggiamento del sistema richiamante debba venire rigorosamente dimostrato, essendo evidente la supposizione contraria, che la norma di diritto internazionale privato intenda attribuire al fenomeno, utilizzato nei due sistemi, un valore ed una disciplina che non prescindano da quelli propri del sistema estraneo⁽¹⁰⁾.

Se le esigenze di valutazione unitaria di un medesimo fenomeno, e la considerazione del fine strumentale che è proprio della funzione del collegamento rispetto alla disciplina concreta di un rapporto costituiscono argomenti di notevole rilievo rispetto alla dimostrazione che ci si è proposta, un argomento di peso ancor maggiore viene desunto dalla struttura propria della norma di cui al primo comma dell'art. 25 delle Preleggi.

Caratteristico di tale disposizione è il fatto che in esso la volontà esplica una funzione del tutto analoga, ai fini del richiamo, a quella propria degli altri due mezzi di collegamento previsti: nazionalità comune delle parti e luogo in cui il contratto venne perfezionato. Sembra pacifico che il legislatore del 1942 abbia distinto i tre strumenti di collegamento previsti per la disciplina delle obbligazioni contrattuali solo in base al principio della specialità. La struttura della norma vigente distingue in maniera essenziale la disciplina in essa accolta da quella propria dell'art. 9 delle Preleggi del 1865. Per la norma abrogata, almeno secondo l'opinione del tutto prevalente, i mezzi di collegamento diversi dalla volontà delle parti ed ivi previsti operavano pur sempre in base ad una presunzione di volontà, il che risultava chiarissimamente da una interpretazione letterale della norma e da una ricerca della volontà del legislatore⁽¹¹⁾. Secondo le norme vigenti invece ognuno dei criteri di collega-

(10) In senso sostanzialmente analogo al testo vedi BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, p. 537.

(11) Sul punto vedi gli scritti e le sentenze ricordate nel paragrafo 6°.

mento accolti in materia di obbligazioni contrattuali viene posto indipendentemente da una qualsiasi presunzione, e l'interprete deve scegliere fra di essi unicamente in base al criterio della specialità.

Che tale costruzione nettamente caratterizzi l'art. 25 nei confronti dei principi accolti nei diritti stranieri, è dimostrato da un esame degli altri sistemi, in cui il principio per cui solo la volontà delle parti riferita ad un contratto in qualche modo collegato al sistema dell'interprete può costituire un mezzo di collegamento, non mi sembra sia stato del tutto superato; il che ritengo possa affermarsi sia per il diritto tedesco ⁽¹²⁾ quanto per il diritto francese ⁽¹³⁾ e per il diritto inglese ⁽¹⁴⁾, che pure ha seguito un'autonoma linea di sviluppo nel chiarire la distinzione fra la teoria oggettiva e la teoria subiettiva ⁽¹⁵⁾. L'adozione del criterio della volontà delle parti così come è accolto dal legislatore italiano conduce, in base al principio della specialità, a conseguenze del tutto singolari: infatti qualora l'esistenza di una manifestazione di volontà non sia sicuramente dimostrabile

⁽¹²⁾ Particolarmente utile a questo riguardo l'*excursus* dottrinale e giurisprudenziale contenuto nella sentenza dell'OBERLANDGERICHT HAMBURG, 30-12-1953, di cui vedi soprattutto a pag. 64: « Wie neuerdings der Bundesgerichtshof in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Schrifttum mit Recht ausgesprochen hat, handelt es sich dabei nicht um die psychologische Erforschung subjectiver Vorstellungen der Parteien und ihre Ergänzung im Wege psychologischer Finktionen, sondern um eine objektive Interessenabwägung ». Sul punto vedi anche RAAPE, *Internationales Privatrecht*, p. 458, che mette in rilievo come la parte sia più un ausiliare che una guida del giudice.

⁽¹³⁾ Nel diritto francese vedi ora la fondamentale indagine condotta, in base anche a larghi elementi di diritto comparato, dal BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme*, cui rimando per un'amplissima bibliografia. Come chiarisce il BATIFFOL (*op. cit.*, p. 41), la differenza fra le due opposte concezioni consiste in ciò che « pour les subjectivistes la singularité de chaque cas peut présenter un réunion des circonstances expressives de la volonté raisonnable des parties, tandis que les objectivistes en l'absence de toute volonté effective probable se rapporteront aux présomptions généraux ».

⁽¹⁴⁾ Vedi soprattutto PRIVY COUNCIL, *Vita Food Case*, e su di esso, oltre BATIFFOL, *op. cit.*, MANN, *The proper law of the contract*, e MORRIS, *The proper law of a contract, a reply*, il quale però giunge a conclusioni leggermente diverse.

⁽¹⁵⁾ Vedi soprattutto MORRIS, *op. cit.*, p. 207.

in base alle normali regole sulla prova, l'interprete dovrà ricorrere ad uno dei criteri di carattere oggettivo previsti nel 1° comma dell'art. 25 delle Preleggi. È quindi possibile che l'interprete ricorra, nell'interpretare la norma, sia a presunzioni semplici che a presunzioni legali: comunque l'interprete deve tendere a ricostruire la vera, e non la «ragionevole» volontà dei contraenti.

Questi rilievi non vengono superati, ma semmai rafforzati, dal fatto che attualmente nel diritto particolare di origine convenzionale sta per entrare in vigore, nel sistema italiano, una norma diversa, sicuramente ispirata al criterio oggettivo: mi riferisco all'art. 1, u.c., della Convenzione firmata all'Aja il 15 aprile 1958 sulla legge applicabile al trasferimento della proprietà in caso di vendita a carattere internazionale di beni mobili materiali, ratificata e resa esecutiva a decorrere dalla sua entrata in vigore, con legge 7 dicembre 1960 n. 1622 ⁽¹⁶⁾.

Il principio della specialità opera però nel sistema del diritto internazionale privato in coordinamento con un altro principio generale, quello del *favor acuts*. Quest'ultimo principio venne sinora analizzato in relazione all'art. 26, a proposito della forma degli atti, ma esso non può non intendersi operante in tutto il sistema del diritto internazionale privato, e quindi anche rispetto al funzionamento dei singoli criteri di richiamo, in quanto ciò discende dalla concezione volontaristica accolta nelle disp. prel. circa la natura degli atti di diritto privato. Il richiamo attuato, in materia di obbligazioni contrattuali, mediante la volontà delle parti, deve quindi ritenersi efficace solo a condizione che esso porti ad una disciplina concreta del rapporto, non ad una nullità di esso. Quando la volontà delle parti

(16) Per l'art. 1, ultimo comma della Convenzione, « la seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'al. I du présent article ».

Per le relazioni parlamentari alla legge di ratifica, vedi *Le Leggi*, 1961, p. 55. La Convenzione entrerà in vigore al deposito del quinto strumento di ratifica.

è inidonea, secondo l'ordinamento richiamato, a dar vita ad una obbligazione, il mezzo di collegamento dato dall'accordo non opera, e riprendono vigore i due criteri obbiettivi previsti nella norma di richiamo.

Un rapporto fra il principio accolto nell'art. 25 e l'art. 26 disp. prel. venne individuato e ampiamente analizzato dal Quadri⁽¹⁷⁾. Senonchè per questo scrittore è il principio che si richiama alla autonomia della volontà, posto nell'art. 25 delle Preleggi a fornire un criterio di interpretazione per la norma relativa alla forma degli atti: mentre a chi scrive sembra che il criterio liberale posto nell'art. 26 debba venire utilizzato nell'interpretazione di tutto il sistema italiano di diritto internazionale privato, e quindi anche della norma relativa alle obbligazioni contrattuali, rispetto al funzionamento del criterio dato dalla volontà delle parti. L'esattezza della tesi è, mi sembra, dimostrata, oltre che da una ricostruzione storica dell'evoluzione del diritto italiano in materia di forma degli atti⁽¹⁸⁾, soprattutto da una considerazione d'ordine sistematico. Qualora infatti per il diritto italiano un accordo di volontà sia considerato idoneo ad effettuare un collegamento ad un sistema estraneo, costituisce

(17) Vedi QUADRI, *Sulla legge applicabile alla « forma » dei negozi giuridici*, particolarmente a p. 247 ss.

(18) La disciplina della forma degli atti mediante un collegamento diverso da quello del luogo di stipulazione era infatti possibile in quanto la materia rientrava nel diritto volontario secondo l'art. 9 disp. prel. al C.c. del 1865 (vedi sul punto MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires...*, p. 302): ma è altrettanto vero che il principio venne radicalmente modificato nel sistema di diritto internazionale privato vigente, in cui il *favor actus* discende dalla concezione accolta circa la natura del negozio giuridico (vedi MIGLIAZZA, *La disciplina della forma degli atti di ultima volontà nel diritto internazionale privato*, in particolare a p. 198 ss.). La concezione stessa è un presupposto di tutto il sistema italiano di diritto internazionale privato; e deve quindi operare anche rispetto all'art. 25 delle disp. prel. Occorre però notare come la concezione precedentemente accolta fosse comune a molti sistemi stranieri, in cui ad es. i principi in materia testamentaria, concernenti quindi sia la forma che la sostanza dell'atto, si fanno discendere da una manifestazione di volontà del disponente: sul punto vedi da ultimo WENGLER, *Cours général sur le droit international privé*, tenuto all'Accademia dell'Aja nell'estate 1961, a p. 51 dell'edizione litografata.

una vera incongruenza il fatto che il richiamo così effettuato porti in definitiva a considerare improduttivo di effetti giuridici, in quanto privo dei requisiti di validità, un accordo che si considera invece valido ai fini di un richiamo, e che viene disciplinato mediante una legge scelta dalle parti sul presupposto, appunto, della sua validità.

Altri argomenti a favore della tesi qui sostenuta possono venire forniti da un esame circa l'evoluzione della norma che disciplina le obbligazioni contrattuali nel diritto internazionale privato italiano.

È fuor di dubbio che la norma di cui all'art. 9 delle Preleggi del 1865 — figlia legittima del pensiero del Mancini, come efficacemente ha scritto il Gutzwiller ⁽¹⁹⁾ — volesse attribuire alla legge scelta dalle parti la disciplina dei requisiti di validità dell'accordo e degli effetti delle obbligazioni contrattuali ⁽²⁰⁾. Ma è altrettanto indubbio che tale legge dovesse venire determinata non in virtù di un richiamo effettuato dal sistema dell'interprete, ma in virtù di un principio al quale non veniva attribuita natura normativa.

Senonchè una interpretazione della norma, a cui cooperano in diversa misura, dal Gabba, dal Fusinato e dall'Anzilotti sino al Perassi e agli ultimi esponenti del pensiero positivista, tutti gli scrittori italiani più significativi, ha sostenuto come il richiamo di un ordinamento straniero mediante un accordo di volontà delle parti possa avvenire solo in quanto tale accordo operi in virtù di una norma del sistema di diritto internazionale privato. La volontà delle parti si è così inserita nella fattispecie della norma richiamante.

A questo punto assume rilievo una osservazione tante volte ripetuta dalla dottrina straniera, e rielaborata in Italia dagli autori che hanno analizzato con particolare attenzione il fenomeno

⁽¹⁹⁾ GUTZWILLER, *Das Kaufrecht*, p. 21.

⁽²⁰⁾ Sul punto vedi per tutti la serrata critica che L'ANZILOTTI muove al Diena, ne *Il principio dell'autonomia dei contraenti...*, pp. 628-637.

dell'autonomia privata, soprattutto dal Perassi, dal Betti e dal Ballardore Pallieri. Nella maggioranza dei casi le parti non vogliono attuare col loro accordo una autonomia strumentale, bensì un'autonomia materiale: ossia vogliono disciplinare in un determinato modo, mediante una indicazione indiretta, gli obblighi e di diritti nascenti da un contratto.

Se ne deduce che la norma di diritto internazionale privato, assumendo nella propria fattispecie l'accordo delle parti, non possa che assumerlo così come esso è: ossia come diretto a regolare il contenuto di un rapporto obbligatorio che si presume sorto validamente. Qualora l'accordo sia invece sorto in modo invalido, esso non può inserirsi nella fattispecie della norma richiamante e determinare il funzionamento. La nullità dell'accordo secondo il diritto indicato dalle parti costituisce quindi una condizione impeditiva al funzionamento del mezzo di richiamo dato dalla volontà delle parti, con la conseguenza che l'interprete dovrà ricorrere agli altri mezzi di collegamento di natura oggettiva previsti dall'art. 25 delle disp. prel. al C.c.

In tale modo si riprende, deducendone però una configurazione e conseguenze del tutto diverse, la obiezione del Savigny⁽²¹⁾, per cui non si potrebbe dichiarare la nullità di un contratto in base ad una legge che le parti hanno scelta proprio per ricollegare al contratto conseguenze giuridiche. Sembra infatti che sia incoerente attuare un richiamo ad una legge che porti a negare qualsiasi conseguenza positiva al richiamo medesimo; e con ciò si configura necessariamente un inserimento nella fattispecie della norma di diritto internazionale privato di valutazioni proprie del diritto straniero richiamato.

16. Ciò essendo chiarito, sembra che il ragionamento debba condurre in un vicolo cieco, e prende rilievo l'obiezione mossa con estrema chiarezza dalla dottrina prevalente tutte le

(21) Vedi SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. VIII, p. 276 ss.

volte che si cerca di utilizzare una valutazione propria del sistema richiamato nell'ordinamento richiamante: non è — si dice — logicamente possibile utilizzare ai fini di un richiamo un giudizio proprio di un sistema che si può determinare solo attraverso quel richiamo. Quest'ultimo viene pertanto necessariamente effettuato dall'ordinamento richiamante in base a criteri del tutto autonomi⁽²²⁾: per evitare questa costruzione occorrerebbe togliere ogni carattere normativo al procedimento del richiamo di norme straniere.

L'obiezione, formulata specificamente in materia di qualificazioni ma valida anche a proposito dell'indicazione delle circostanze di collegamento, non è insuperabile in quanto l'interprete può utilizzare cumulativamente ed in modo logicamente corretto i giudizi operanti in due sistemi, l'uno dei quali richiami l'altro per la valutazione del medesimo fatto⁽²³⁾.

Si tenga presente la tecnica propria dell'interprete della norma di diritto internazionale privato nel risolvere le questioni pregiudiziali, la cui soluzione condiziona la possibilità stessa che si attui, rispetto ad una questione principale, il collegamento previsto nella norma. È questa la configurazione che si deve attribuire al nesso di pregiudizialità nel diritto internazionale privato, come ho cercato di dimostrare in un precedente lavoro⁽²⁴⁾.

(22) Vedi per tutti, a proposito del problema delle qualificazioni, Aco, *Teoria del diritto internazionale privato*, p. 149, per cui « significherebbe cadere nell'assurdo... di voler trarre principi di interpretazione da un ordinamento che è appunto quello che si tratta di determinare ».

(23) È appena il caso di avvertire che il fenomeno qui descritto non ha nulla a che vedere con il diverso fenomeno che si attua quando la norma di diritto internazionale privato utilizza simultaneamente due o più criteri di collegamento a sistemi stranieri. La dottrina parla in questo caso di rinvio cumulativo in senso proprio, mentre parla di rinvio in senso improprio quando la norma di diritto internazionale privato prende in considerazione contemporaneamente le norme di un sistema straniero e le norme materiali del proprio sistema. Su tali figure vedi MALINTOPPI, *La legge regolatrice della ricerca del genitore naturale ed il sistema del rinvio cumulativo*, pp. 398-399 e la bibliografia ivi citata.

(24) MIGLIAZZA, *Le questioni pregiudiziali nel diritto internazionale privato*, cui rimando per la bibliografia anteriore. Sul medesimo argomento hanno

È noto il caso risolto dalla Corte di Cassazione francese e che attirò l'attenzione della dottrina sul problema della pregiudizialità. Si trattava di determinare se un rapporto di filiazione adottiva, l'accertamento del quale condizionava l'attuazione del richiamo alla legge successoria effettuato dalla *lex fori*, dovesse venire disciplinato mediante il richiamo previsto da quest'ultima per l'adozione, o secondo il sistema richiamato per la disciplina della successione⁽²⁵⁾. L'esame di questo caso permette di determinare l'analogia e le differenze con l'utilizzazione della volontà delle parti.

Nell'ipotesi di successione di un figlio adottivo si verifica un nesso di pregiudizialità necessaria, in quanto l'interprete non può attuare il collegamento previsto dalla norma di diritto internazionale privato se prima non abbia determinato se l'adozione è stata o meno validamente costituita.

Nel caso che qui interessa il nesso di pregiudizialità ha invece un carattere del tutto diverso, in quanto il collegamento può in ogni caso effettuarsi, ma una volta che esso sia avvenuto la sua efficacia può venire paralizzata dalla risoluzione che la medesima questione, già risolta ai fini del collegamento e che concerne la determinazione se la volontà sia o meno valida, trova nell'ordinamento richiamato. L'interprete deve pertanto ricorrere agli altri criteri previsti nella norma di collegamento: la nazionalità comune delle parti e il luogo di stipulazione del contratto. Essendo impossibile l'utilizzazione del criterio speciale, si dovrà ricorrere ai criteri di collegamento più generali⁽²⁶⁾.

successivamente scritto nella dottrina italiana VENTURINI, *Le questioni pregiudiziali*, BENTIVOGLIO, *Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione mortis causa*, PAU, *Caratteri del riconoscimento di situazioni giuridiche straniere nell'ordinamento italiano*, p. 12, ed ACO, *Convenzione dell'Aya sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza*.

(25) Vedi il provvedimento della CHAMBRE DES REQUÊTES, 21-4-1931, e, su di esso, particolarmente la nota del NIBOYET e da ultimo DE NOVA, *Considerazioni comparative sull'adozione in diritto internazionale privato*, pp. 262-266.

(26) Circa il carattere speciale del mezzo di richiamo dato dalla volontà

Se nei due casi ipotizzati appare diversa la ragione che determina il rapporto di pregiudizialità, identica è la struttura del nesso che intercorre fra la soluzione della questione principale e della questione pregiudiziale, ed identico è il procedimento logico seguito nella soluzione di esse⁽²⁷⁾. In entrambi i casi si risolve in un modo o in un altro una questione (è idoneo un accordo di volontà, secondo il sistema di diritto internazionale privato, ad effettuare un collegamento ad un altro sistema?) a seconda del modo con cui viene risolta una questione diversa (è l'accordo di volontà idoneo, secondo la legge richiamata, a far sorgere un'obbligazione contrattuale?), il giudizio circa la quale condiziona il primo.

Il potere che le parti esplicano mediante l'indicazione di una legge straniera inserisce quindi nella fattispecie prevista dalla norma una valutazione concreta, la quale assume un valore preminente rispetto alle altre circostanze obiettive richieste dalla norma medesima⁽²⁸⁾.

A questo punto è necessario rilevare come la priorità fra la soluzione della questione principale rispetto a quella pregiudiziale sia una priorità logica, non una priorità storica; e ciò tanto nell'ipotesi che si è chiamata di pregiudizialità necessaria quanto nell'ipotesi che più direttamente interessa questo studio: anzi sotto il profilo storico la questione pregiudiziale si pone per prima all'interprete. Ed infatti l'interprete considererà che Tizio, figlio adottivo di Caio, succeda a costui per successione legittima in base alle disposizioni di una legge straniera richia-

delle parti nei confronti dei due criteri oggettivi di cui all'art. 25 delle Preleggi, ha insistito il Guardasigilli nella presentazione del testo definitivo delle disposizioni preliminari, mettendo anzi in rilievo come le modificazioni intervenute tendessero, appunto, a precisare tale carattere (PANDOLFELLI ed altri, *Codice civile - Libro I*, p. 43).

⁽²⁷⁾ Circa la sostanziale identità del nesso pregiudiziale nelle varie ipotesi esaminate dalla dottrina restano tuttora valide le considerazioni del MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 27 ss.

⁽²⁸⁾ Per una configurazione generale del fenomeno vedi MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, col. 116.

mata per disciplinare la successione di Caio (questione principale), solo se accerterà che un rapporto di filiazione fra Tizio e Caio si è validamente costituito (questione pregiudiziale): ove è chiaro che la soluzione della questione pregiudiziale logicamente precede la soluzione della questione principale, ma storicamente segue ad essa, in quanto l'interprete condiziona il richiamo ad una legge che disciplini la questione successoria, da lui già effettuato in via di ipotesi e come tale chiarito in ogni sua conseguenza, alla soluzione che sia per essere data relativamente alla questione pregiudiziale.

Analogamente quando la norma di diritto internazionale privato assume la volontà delle parti quale mezzo per attuare un richiamo ad un sistema estraneo, l'interprete potrà condizionare l'utilizzazione ai fini del collegamento di un fatto storico, l'accordo delle parti, alla soluzione della questione relativa alla validità dell'accordo nell'ordinamento richiamato secondo il seguente schema: l'accordo di volontà « X » è giuridicamente idoneo e valido nell'ordinamento del giudice (A) a richiamare per la disciplina delle obbligazioni che ne derivano il sistema « B », a condizione che nel sistema « B » l'accordo di volontà possieda i requisiti sostanziali richiesti perchè ad esso venga ricollegata la nascita di un rapporto d'obbligazione contrattuale. In caso contrario l'interprete ricorrerà ad uno dei criteri di collegamento di carattere oggettivo previsti dal legislatore. Pertanto il collegamento alla legge scelta dalle parti potrà in linea concreta venire effettuato solo a condizione che l'accordo sia idoneo per l'ordinamento richiamante a produrre il collegamento, e possieda inoltre i requisiti richiesti per dar vita all'obbligazione secondo il sistema richiamato.

17. La soluzione accolta in queste pagine discende insieme dalla esigenza di attuare una disciplina giuridica che si adegui alla reale fisionomia della situazione utilizzata nella fattispecie prevista dalla norma, valutando in maniera armonica un acca-

dimento, e insieme dalla necessità di graduare logicamente le varie fasi del procedimento d'interpretazione della norma che prevede la volontà quale mezzo di richiamo. A questo fine è stato posto in rilievo il nesso di pregiudizialità che collega i giudizi propri della *lex causae* e della *lex fori* relativamente al medesimo accadimento storico.

L'utilizzazione della figura della pregiudizialità sembra quindi potersi effettuare in maniera più ampia di quello che non sia avvenuto sino ad ora, in modo da abbracciare la disciplina delle fattispecie complesse nelle quali il giudizio su di un elemento condiziona il giudizio di altri elementi che da un punto di vista logico si pongono in un momento successivo.

Nel problema specifico della disciplina della circostanza di collegamento che si identifica nella volontà delle parti il procedimento qui delineato comporta un'analisi prevalentemente tecnica della norma di diritto internazionale privato che prevede quale circostanza di collegamento l'accordo di volontà. Dall'analisi discendono due conseguenze: in primo luogo si sposta il rapporto fra fattispecie e precetto della norma di diritto internazionale privato adeguando la parte dispositiva della norma alla previsione, ed in secondo luogo si viene a considerare in modo diverso da quello tradizionale il problema dell'efficacia reciproca delle varie circostanze di collegamento previste nell'art. 25 delle Preleggi, in quanto si chiarisce come si imponga il ricorso a circostanze obbiettive tutte le volte in cui la volontà è inidonea, secondo la *lex causae*, a produrre effetti giuridici ⁽²⁹⁾. Anche un esame di

(29) Per quanto risolto in modo diverso che non in queste pagine il problema dell'efficacia reciproca dei vari mezzi di richiamo previsti nell'art. 25, I comma delle Preleggi, venne subito rilevato dalla dottrina italiana. Per un'impostazione tradizionale del problema, vedi le precise considerazioni del DECLEVA, *I criteri di collegamento complementari e sussidiari nel diritto internazionale privato*. È interessante nello scritto del Decleva l'affermazione, riferita all'autonomia delle parti, per cui « la rilevanza di una circostanza ulteriore di collegamento viene a giustificarsi... per l'irrilevanza della priore, la quale sarebbe data dalla impossibilità giuridica della norma di d. i. p. di produrre l'effetto suo proprio (*op. cit.*, p. 12 dell'estratto) » e l'ulteriore affermazione secondo cui una situazione perfet-

quest'ultimo problema richiama pertanto alla necessità di compiere un'indagine di carattere formale circa la norma di diritto internazionale privato per adeguarla allo scopo concreto che essa si propone e all'interesse che essa disciplina, il che d'altronde era già stato da vario tempo esplicitamente sostenuto in linea generale dalla dottrina italiana⁽³⁰⁾.

Se il problema dell'autonomia delle parti si risolve in un problema di tecnica interpretativa della norma di collegamento nei limiti sopra chiariti, non sembra invece che la soluzione di esso possa presentare rilievo per la soluzione del problema generale della natura del richiamo a leggi straniere, e neppure venire determinata dalle tesi che si accolgano in questa materia. È stata invero, rispetto ai casi di pregiudizialità necessaria, sostenuta la tesi per cui la risoluzione delle questioni pregiudiziali secondo la *lex causae* si imporrebbe ove si attribuisse al richiamo effettuato dalle norme di collegamento la natura di richiamo in senso formale e sarebbe invece da respingere ove fosse accolta la concezione del richiamo in senso materiale⁽³¹⁾. Ma la tesi urta contro un'obiezione difficilmente superabile, perchè anche se si concepisse il diritto straniero come punto di riferimento per la creazione di norme materiali interne e cioè come oggetto di un richiamo in senso materiale, indubbia-

tamente analoga si verifica rispetto all'art. 26 disp. prel. (*op. cit.*, p. 13). Senonchè l'autore non spiega quando si abbia «l'irrilevanza della priore circostanza» data dall'accordo delle parti. Tutta la dimostrazione del Decleva è comunque ricollegata alla premessa, per cui l'applicazione della norma di d. i. p. sarebbe condizionata dalla circostanza di collegamento, e non dal carattere di estraneità, il quale «serve se mai a determinare, in guisa preliminare e meramente negativa, l'ambito di applicazione delle norme sostanziali interne» (*op. cit.*, p. 10).

⁽³⁰⁾ Su tale necessità hanno particolarmente insistito lo ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, p. 9, e *Introduzione critica al diritto internazionale*, p. 18, e lo SPERDUTI, *Sul valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, p. 53 ss.

⁽³¹⁾ Vedi in questo senso SPERDUTI, *Funzione delle norme di diritto internazionale privato e rilevanza interna degli atti stranieri di amministrazione pubblica*, p. 230, nota 2. Per un esame critico dell'affermazione dello Sperduti, vedi PAU, *Caratteri del riconoscimento di situazioni giuridiche straniere nell'ordinamento nazionale*, p. 20.

mente esso verrebbe utilizzato dall'art. 25 delle Preleggi assumendo nella fattispecie della norma di richiamo la disciplina, propria di quel diritto, dei requisiti dell'accordo, e quindi opererebbe rispetto al procedimento nazionale che porta a tale creazione.

Così posto il problema della valutazione dell'accordo delle parti, si supera l'argomentazione tradizionale, secondo cui il prescindere dalla valutazione della *lex causae* circa i requisiti dell'accordo comporterebbe l'inconveniente di considerare inidonea a produrre effetti sostanziali quella medesima volontà che era stata ritenuta capace di attuare un collegamento: argomentazione questa che venne largamente considerata in dottrina e in giurisprudenza ove, come già ebbi a rilevare, l'utilizzazione dell'ordinamento richiamato per giudicare della validità dell'accordo è maggiore o minore, ma non viene esclusa se non rarissimamente ⁽³²⁾.

Talvolta però l'argomento venne utilizzato proprio sul piano della tecnica interpretativa. Si pensi all'affermazione, su cui hanno insistito particolarmente il Mayer e il Batiffol ⁽³³⁾, che la volontà, concepita come mezzo di collegamento, si può difficilmente isolare dalla volontà che dà vita al contratto, dal che si dedusse che occorre desumere dai medesimi indici l'esistenza di una volontà cui è da attribuirsi l'una o l'altra funzione. E si consideri pure come non diversa sia la posizione degli scrittori che hanno preso in esame i casi caratteristici dei sistemi anglosassoni in cui la volontà del *de cuius* viene utilizzata per il richiamo della legge regolatrice degli effetti della successione. Anche in questo caso dal rilievo che nei due sistemi viene utilizzato sia pure a scopi diversi un medesimo accadi-

⁽³²⁾ Per un'ampia esposizione dei dati dottrinali e giurisprudenziali sul punto vedi da ultimo ARMINJON, *Précis de droit international privé*, Vol. II, p. 279 ss.

⁽³³⁾ MAYER, *Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm*, p. 108; BATIFFOL, *Les conflits des lois en matière de contrats*, p. 69 ss.

mento storico — la volontà del *de cuius* — si dedusse la necessità di valutare in modo unitario quel fatto ⁽³⁴⁾.

L'impostazione del problema o di problemi analoghi nei sistemi stranieri, conferma come le esigenze di politica legislativa si richiamino in ultima analisi a considerazioni più generali, a cui si riferiscono anche i procedimenti di tecnica interpretativa. Sotto questo profilo merita qualche considerazione ulteriore l'esigenza, sopra illustrata, di riconsiderare il rapporto che intercorre fra i vari elementi della norma di diritto internazionale privato, e fra i momenti della dinamica di attuazione della norma medesima.

Lo sforzo in questo senso verso cui sembra si avvii la dottrina italiana di diritto internazionale privato non deve considerarsi come un atteggiamento isolato, bensì deve venire inserito in quella tendenza, propria e della teoria generale del diritto e dei cultori delle varie discipline giuridiche particolari, che tende a stabilire su di un piano logico come la norma reagisca sul mondo dei fatti ed in qual modo li utilizzi sul piano del diritto ⁽³⁵⁾. La tendenza presenta un interesse del tutto particolare in quanto viene condivisa da scrittori che assumono, rispetto al problema del diritto in generale, atteggiamenti diversi, e

⁽³⁴⁾ Vedi CHANCERY DIVISION, 6-7-1945, e sulla sentenza la mia nota *L'autonomia della volontà nel campo delle successioni*. Sul punto vedi inoltre CHESHIRE, *Private international law*, p. 563 ss. Riveste più che altro sapore di curiosità, ma non sembra inutile rilevare come nel diritto italiano, nel vigore della legislazione del 1865, sia stato posto il problema dell'utilizzazione della volontà delle parti per la disciplina delle successioni, e sia stato risolto in modo decisamente negativo. In questo senso vedi FIORE, *Sul valore giuridico di una disposizione testamentaria fatta da uno straniero con l'espressa dichiarazione di volersi riferire alle leggi italiane*, dove chiaramente si distingue fra il richiamo ad un sistema straniero per la disciplina di un rapporto ed il richiamo di singole norme straniere per la disciplina di elementi del rapporto.

⁽³⁵⁾ Per una precisa individuazione del fenomeno, e per un'ampia bibliografia, esauriente per la letteratura di diritto civile, vedi SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, e da ultimo CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, spec. p. 462 ss.

che purtuttavia hanno in comune la convinzione che occorra esaminare con maggiore attenzione le interferenze fra diritto e fatto, precisando che come fatto deve intendersi tutto ciò che è esterno alla proposizione normativa, e di conseguenza ponendo in rilievo la necessità di esaminare i rapporti che, appunto in relazione alle situazioni esterne, intercorrono fra i vari elementi della norma. Questo atteggiamento è quindi ormai divenuto comune, e vale a caratterizzare la scienza moderna del diritto, sensibile alla necessità di determinare, anche nelle indagini analitiche, i nessi tra logica giuridica e logica generale⁽³⁶⁾, il che comporta in ogni caso che si compia un'analisi formale della norma.

Ai risultati cui è giunta la scienza del diritto non è stata in questo campo estranea la dottrina di diritto internazionale, pubblico e privato, che ha già da vario tempo affrontato il problema della distinzione fra rilevanza ed efficacia della norma giuridica, entrando così nell'argomento dei rapporti fra fatto e norma⁽³⁷⁾, ed ha riaffermato la necessità di esaminare più accuratamente il significato semantico delle espressioni usate dalla scienza giuridica⁽³⁸⁾. Soprattutto però si deve qui considerare lo specifico sforzo, effettuato particolarmente nei lavori del Quadri, dello Sperduti e dello Ziccardi, di porre in rilievo l'esigenza di

⁽³⁶⁾ Così MAGNI, *Logica, matematica e scienza giuridica*. Le « voci distinte » di cui parlava il Magni (p. 194), si sono in questo decennio rafforzate e chiarite. Per una sintesi dei risultati cui è giunta l'odierna scienza del diritto nell'analisi della proposizione giuridica, vedi BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, p. 75 ss.

⁽³⁷⁾ Per i richiami dottrinari su questo punto vedi MALINTOPPI, *Le raccomandazioni internazionali*, p. 31, e *Valore delle raccomandazioni di conferenze delle Nazioni Unite*, p. 613, nota 18.

Si deve però ricordare che sull'argomento della distinzione fra rilevanza ed efficacia della norma vivi sono i dissensi in teoria generale, in quanto si sostiene da vari scrittori l'erroneità di analizzare la rilevanza di un singolo fatto prescindendo dal collegamento causale dei vari elementi condizionanti l'effetto giuridico. (Così MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, p. 118).

⁽³⁸⁾ In questo senso vedi ACO, *Diritto positivo e diritto internazionale*, pp. 3-4, e ZICCARDI, *Les caractères de l'ordre juridique international*, p. 300 ss.

un'analisi tecnica circa il significato della norma di collegamento, o meglio delle singole norme di collegamento ⁽³⁹⁾.

Sotto questo profilo, ed inserendosi in questa corrente, una analisi circa il problema dell'autonomia della volontà porta a risultati che possono avere interesse in un campo più generale. È soprattutto possibile mettere in rilievo attraverso l'esame della norma che prevede l'utilizzazione dell'accordo come sia necessario superare la concezione tradizionale, per cui tale circostanza di collegamento veniva valutata esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento dell'interprete, escludendosi qualsiasi relazione con valutazioni estranee, e quindi anche un riferimento alla disciplina accolta nel sistema indicato dalle parti. Un'analisi della proposizione in cui si estrinseca la norma positiva mostra invece come la fattispecie di essa utilizzi una situazione giuridica estranea, la quale pertanto diventa uno dei fattori che determinano l'efficacia del precetto della norma medesima.

La novità di quest'atteggiamento non ha bisogno di venire rilevata. La dottrina tradizionale aveva più volte, rispetto a problemi diversi, affermato l'esigenza di tener conto della concreta portata delle valutazioni del sistema richiamato. È fondamentale, sotto questo profilo, la posizione che in un secondo momento venne assunta dall'Anzilotti in materia di rinvio ⁽⁴⁰⁾; posizione oggi riesaminata ed analizzata dal De Nova ⁽⁴¹⁾. Per questa concezione — che nulla ha a che vedere con le teorie tradizionali sul rinvio — l'interprete dovrebbe dare, rispetto al singolo rapporto, una soluzione del tutto conforme a quella

⁽³⁹⁾ Sul punto vedi QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*², p. 226 ss. Per i lavori dello SPERDUTI e dello ZICCARDI vedi le indicazioni precedenti.

⁽⁴⁰⁾ Vedi ANZILOTTI, *Nota ad APPELLO FIRENZE*, 23-1-1919. La tesi viene sviluppata con un richiamo al principio della prevalenza del diritto speciale su quello generale nel *Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)*, p. 76 ss. Sul punto vedi MIGLIAZZA, *Note critiche sul problema del rinvio*, pp. 213-214.

⁽⁴¹⁾ Vedi DE NOVA, *Il caso in re O' Keefe...*, e, più di recente, *Recensione a Tommasi di Vignano*, soprattutto a p. 322.

propria della legge straniera richiamata. Uno sviluppo della affermazione si ebbe su di un piano più generale, attraverso le indagini che cercarono di risolvere il problema della scelta e dell'adattamento della norma richiamata, o di esaminare in modo unitario i casi in cui situazioni giuridiche straniere presentano rilievo nell'ordinamento italiano⁽⁴²⁾; e d'altra parte col tentativo di dimostrare che lo scopo della norma di diritto internazionale privato è quello di inserire nel sistema dell'interprete non tanto una valutazione circa una classe di fatti astrattamente determinata, e propria di un sistema straniero, quanto un giudizio concreto circa un singolo fatto desunto da quel sistema⁽⁴³⁾. Appare poi di grande rilievo lo sforzo del Quadri, condiviso in un certo senso dal Barile, e tendente ad individuare nella norma di diritto internazionale privato lo scopo di riflettere un legame concreto che un rapporto giuridico presenta con un sistema straniero determinato; ed infine rientrano in questa tendenza le affermazioni relative alla necessità di un adeguamento alle valutazioni della legge straniera in materia di cittadinanza delle persone fisiche, di nazionalità degli enti morali e della legge della bandiera delle navi e degli aeromobili.

Tali posizioni, particolari e generali, portavano bensì a formulare il giudizio materiale posto per la disciplina del rapporto tenendo conto del giudizio concreto del sistema estraneo (e quindi portavano in taluni casi a modificare la concezione accolta circa lo scopo della norma di collegamento⁽⁴⁴⁾); ma ad esse non

(42) Così PAU, *Caratteri del riconoscimento di situazioni giuridiche straniere nell'ordinamento italiano*, e *L'attuazione processuale delle norme italiane*, p. 188.

(43) Vedi soprattutto le affermazioni, ora per altro da lui abbandonate, dello ZICCARDI, *Il valore del diritto nell'ordinamento nazionale*, e su di esse, i rilievi critici del QUADRI, *Lezioni*³, p. 229.

(44) Scopo della norma di collegamento appariva infatti, in taluni casi quello di richiamare un giudizio concreto della legge straniera. Sul punto, in relazione soprattutto al pensiero dell'Anzilotti, vedi MIGLIAZZA, *Note critiche sul problema del rinvio*, pp. 258-263.

conseguiva la necessità di ricostruire in modo diverso da quello tradizionale il rapporto fra i vari elementi della norma di richiamo. Accogliendole, non si postulava pertanto la possibilità di utilizzare nel meccanismo stesso di collegamento valutazioni proprie della legge straniera, come invece si deve ritenere ove si accolga la ricostruzione dei dati del problema dell'autonomia della volontà delineata nelle pagine precedenti.

18. In linea generale si è pertanto dimostrata la possibilità di condizionare il richiamo, rispetto a cui la norma di diritto internazionale privato utilizzi un accordo delle parti, alla sussistenza dei requisiti di validità sostanziale dell'accordo secondo la *lex causae*, e, sotto un profilo tecnico si è chiarito come questo procedimento si rifletta sulla struttura della norma di collegamento. Esaminando poi il problema rispetto al diritto positivo italiano, si sono precisate le ragioni per cui appare fondato il condizionare la possibilità del richiamo alla concreta disciplina che nella *lex causae* si abbia circa i requisiti di validità dell'accordo.

Tale essendo la soluzione accolta in linea di principio, occorre determinare se ad essa non si opponga il fatto che nei lavori preparatori al Codice civile 1942 venne manifestata l'intenzione di disciplinare i requisiti sostanziali della volontà secondo la *lex loci actus*, e non secondo la *lex fori* e la *lex causae*, applicate cumulativamente.

Il dubbio non ha però ragione di esistere. La norma che sanciva l'applicabilità della *lex loci actus* venne infatti tolta dal testo definitivo delle Preleggi, ed ho già avuto l'occasione di sostenere che ciò avvenne per un cosciente cambiamento di indirizzo da parte del legislatore, benchè ciò non si rifletta in modo adeguato nei lavori preparatori. Le pur autorevoli opinioni dottrinali che si richiamano in qualche modo all'art. 13 del Progetto preliminare e ritengono che la sussistenza dei requisiti sostanziali dell'accordo delle parti vada disciplinata secondo i due criteri

obbiettivi accolti nell'art. 25, non mi sembrano pertanto da condividere.

Un diverso discorso potrebbe farsi per il diritto particolare, posto in base a norme di diritto internazionale privato contenute in convenzioni internazionali. Una caratteristica insita in tale specie di diritto è quella di designare immediatamente una legge che determini i requisiti di validità del fatto utilizzato per il richiamo alla legge materiale: ed è d'altronde ovvio che un diritto ad origine convenzionale debba porre sullo stesso piano i principi validi nei sistemi dei paesi membri della convenzione e quindi, in linea di principio, escluda una differenza fra *lex fori* e *lex causae*. Si comprende pertanto come nel diritto particolare si manifesti la tendenza a sancire che un accordo di volontà utilizzato per delimitare la legge materiale applicabile al rapporto, venga disciplinato esclusivamente in base ai criteri propri del sistema al quale le parti hanno fatto riferimento.

Recentemente il principio sopra delineato è stato accolto in una norma convenzionale inserita nell'ordinamento italiano, e precisamente nella norma posta per la disciplina dei requisiti sostanziali dell'accordo a proposito della cosiddetta vendita internazionale dei beni mobili. L'art. 2 della Convenzione sulla legge applicabile alle vendite di carattere internazionale di beni mobili, aperta all'adesione degli Stati a partire dal 15 giugno 1955 ed il cui progetto venne redatto alla VII Conferenza diplomatica dell'Aja sul diritto internazionale privato (31 ottobre 1951)⁽⁴⁵⁾, sottopone la disciplina del contratto alla legge materiale indicata

(45) Sui lavori della Conferenza vedi per tutti RABEL, *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*, e GUTZWILLER, *Das Kaufrecht*. Sulla norma accolta in relazione al problema dell'autonomia delle parti, vedi per tutti DE CASTRO Y BRAVO, *La autonomía de la voluntad en el proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional*. Firmatari della Convenzione furono la Germania, l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Spagna, la Finlandia, la Francia, l'Italia, il Giappone, il Lussemburgo, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Gran Bretagna, la Svezia e la Svizzera. La Convenzione venne ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 febbraio 1958 n. 56. Per gli sviluppi successivi vedi FLORE-MARMO, *L'ottava sessione*, p. 556 ss.

dalle parti e stabilisce che i requisiti relativi al consenso vengano determinati dalla legge così designata ⁽⁴⁶⁾. Il terzo comma, che così dispone, è però preceduto da un secondo comma per cui la determinazione di una legge straniera deve formare oggetto di una clausola espressa o risultare in maniera inequivoca dalle disposizioni del contratto ⁽⁴⁷⁾.

Nella Convenzione è notevole l'accettazione senza riserve del principio dell'autonomia della volontà e la sottoposizione dei requisiti dell'accordo alla disciplina della *lex causae*. Assai significativo è anche il fatto che tali principi vennero accolti dalla Conferenza del 1951 respingendo vari emendamenti restrittivi ⁽⁴⁸⁾, fra i quali un emendamento italiano che enumerava le leggi a cui doveva limitarsi la scelta delle parti, e un emendamento inglese secondo cui la legge designata doveva presentare un legame reale con il contratto, conformemente alla tendenza tuttora dominante nel diritto inglese ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Per l'art. 2 della Convenzione, infatti, « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions relatives au consentement des parties, quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi ».

⁽⁴⁷⁾ L'adozione del principio posto nel secondo comma è indubbiamente opportuno: « heureuse formule », così qualifica il testo il VALLINDAS (*La structure de la règle de conflit*, p. 347). Nel sistema della Convenzione i requisiti sostanziali dell'accordo sono retti dalla legge designata dalle parti, i requisiti formali invece direttamente dalla Convenzione, che regola parimenti la possibilità di dimostrare l'esistenza di una volontà manifestata in maniera non espressa, ponendo una disposizione limitativa della prova, in quanto la volontà deve risultare in modo inequivoco dal contratto stesso.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto vedi JOLLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, p. 16.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto vedi da ultimo le osservazioni del BATIFFOL (*Subjectivisme et objectivisme*, p. 44) secondo cui anche nella decisione *Vita Food Products*, che spesso si ricorda come un'affermazione del principio d'autonomia, il Privy Council avrebbe rilevato come nel caso concreto esistesse più di un legame reale fra il rapporto e il diritto richiamato; aggiungendo inoltre che il richiamo ad una legge straniera deve essere « bona fide and legal ». In senso analogo, sia pure con qualche divergenza, vedi MANN, *op. cit.*, p. 67.

19. Le perplessità a cui ha dato origine la configurazione stessa dell'accordo delle parti quale criterio di collegamento ⁽⁵⁰⁾ si riflettono in talune recenti posizioni della dottrina italiana circa il problema della valutazione dei requisiti della volontà, le quali, pur costituendo un chiaro indice della tendenza a riesaminare le soluzioni accolte dalla teoria oramai tradizionale, e pur modificando spesse volte in maniera essenziale i risultati da questa raggiunti, non abbandonano però talune premesse fondamentali sino ad ora accolte a base dell'indagine ⁽⁵⁰⁾.

Particolare rilievo deve attribuirsi alla posizione assunta dal Quadri, a cui spetta l'indubbio merito di avere nei lavori meno recenti portato alle estreme e d'altronde logiche conseguenze la tesi del Perassi, rilevando, contrariamente all'affermazione di questo scrittore, come l'indicazione della legge regolatrice da parte dei contraenti anzichè concretarsi in un semplice fatto utilizzato per il collegamento rappresenti l'esercizio di un potere giuridico, attribuito alle parti dal sistema richiamante proprio allo scopo di designare una legge straniera per la disciplina del rapporto ⁽⁵¹⁾. Per il Quadri nell'indicare la legge regolatrice delle obbligazioni le parti esplicano pertanto un'autonomia formale, la quale non si confonde in alcun modo con l'autonomia sostanziale, mediante cui viene disciplinato il negozio concreto.

⁽⁵⁰⁾ Vedi ad es. la singolare posizione del CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, per cui la volontà non è un criterio di collegamento in senso proprio (un criterio, cioè, preventivo, generale e astratto), ma si traduce « in una particolarissima autonomia accordata dall'ordinamento italiano ai suoi soggetti, cui è concessa la scelta fra i vari ordinamenti, compreso quello nostro » (*op. cit.*, pp. 45-46). Tale posizione è strettamente connessa alla tesi accolta dall'autore circa la duplice funzione della norma di diritto internazionale privato, e giunge a risultati non lontani da quelli accolti dal BISCOTTINI, di cui *supra*, cap. II, nota 43.

⁽⁵¹⁾ QUADRI, *L'interpretazione dei negozi giuridici nel diritto internazionale privato*. Sul punto vedi in senso conforme CURTI GIALDINO, *Sulla configurazione dell'art. 25, I comma delle Preleggi come norma dispositiva*; e con qualche riserva e limitazione UDINA, *Obbligazioni*, p. 1255, e MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, p. 241.

Conseguentemente il Quadri ha chiarito come esplicando tale potere le parti attribuiscono al rapporto un carattere di estraneità: ed ha quindi dimostrato come l'autonomia formale possa attuarsi rispetto a qualsiasi contratto e possa operare un collegamento con qualsiasi sistema straniero ⁽⁵²⁾.

Questa posizione venne dal Quadri riesaminata ed ampiamente sviluppata nella successiva elaborazione del suo pensiero. Ed infatti delineando i principi di una teoria subiettivista circa la natura del diritto internazionale privato, egli ha coerentemente ribadito che le parti possono richiamare per la disciplina del contratto un qualsiasi ordinamento, e non soltanto un ordinamento cui il contratto appaia collegato in modo obbiettivo, in quanto col fatto stesso del richiamo ad un ordinamento straniero i soggetti manifestano la coscienza di appartenervi, per un aspetto delle loro relazioni ⁽⁵³⁾. Il Quadri ha così inserito la tesi già da lui enunciata nella costruzione generale che egli dà circa il fenomeno del collegamento, il quale si attua sviluppando gli indici rivelatori della volontà del legislatore nazionale di limitare l'efficacia delle proprie norme sostanziali rispetto ai casi che non rientrano nell'ambito di applicazione delle leggi materiali interne e richiamando, rispetto agli altri, i sistemi cui le singole situazioni appaiono connesse ⁽⁵⁴⁾.

In tal modo egli ha portato ad ogni conseguenza un principio quale quello dell'assoluta autonomia delle parti, che viene di solito accolto dagli scrittori stranieri, anche da quelli più

⁽⁵²⁾ Per le citazioni vedi *supra*, cap. II, nota 43.

⁽⁵³⁾ Vedi QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³, p. 120 ss. Come particolarmente significativi per l'elaborazione del pensiero del Quadri vedi *Analyse critique du problème des qualifications*, partic. a p. 46 ss. (ove l'autore esaminando la nozione di qualificazione afferma che essa non può che riferirsi a fenomeni di natura normativa), e la seconda edizione delle *Lezioni*, p. 149 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sulla teoria enunciata dal QUADRI nelle *Lezioni*, vedi l'ampia rassegna del BENTIVOGLIO, *La dottrina italiana di diritto internazionale privato* (1954-1955) soprattutto a pp. 448-449.

vicini all'atteggiamento del Quadri, con riserve ed eccezioni che lo minano sostanzialmente ⁽⁵⁵⁾.

Al rilievo così precisato che lo scrittore attribuisce all'atteggiamento delle parti, corrisponde una diversa configurazione dell'atto in cui quell'atteggiamento si concreta: più che dell'esercizio di un potere sembra ora al Quadri si debba parlare di un giudizio, in quanto le parti esprimono il loro parere indicando l'ordinamento nei cui termini hanno concepito l'atto ⁽⁵⁶⁾. E voglio qui notare come spunti nel senso di individuare nell'accordo delle parti una indicazione del sistema a cui il contratto debba essere giuridicamente collegato, in cui esso debba trovare la sede sua propria perchè nel suo ambito le parti si sono psicologicamente situate, si possano trovare nella giurisprudenza straniera, anche se tali accenni vengono appena avvertiti e scarsamente sviluppati ⁽⁵⁷⁾.

Il giudizio posto dalle parti deve venire utilizzato dal legislatore, in quanto esso dovrà affidare la valutazione delle varie situazioni all'ordinamento nel quale presuntivamente ed a suo avviso le parti si sono psicologicamente situate. Su tale ordina-

⁽⁵⁵⁾ Così ad es. il KEGEL, *Internationales Privatrecht*, p. 208, afferma, in una posizione del tutto affine a quella accolta dalla giurisprudenza tedesca (*supra*, par. 15), che « Die Parteien sind in ihrer Rechtswahl *grundsätzlich* frei. Sie können z.B. als Bürger verschiedener Staaten im Wege des Kompromisses ein « neutrales » Recht aushandeln, mit dem der Sachverhalt keinerlei Verbindung hat. Nur eine Schranke wird man errichten müssen: irgendein anerkanntes Interesse an der Herrschaft des gewählten Rechts muss erkennbar sein. Dies kann etwa bei reinen Inlandsfällen fehlen ». Tali eccezioni e riserve ben difficilmente si conciliano con un accoglimento integrale del principio dell'autonomia delle parti, secondo cui il semplice fatto del richiamo di una legge estranea è sufficiente per escludere che un caso rientri nell'ambito di applicazione del diritto interno. Ma una tale estrema e d'altronde rigorosa attuazione del principio d'autonomia è propria quasi esclusivamente della scuola positivista italiana.

⁽⁵⁶⁾ QUADRI, *Lezioni*³, p. 125. « Le parti in realtà non fanno che esprimere il loro parere intorno alle circostanze del loro contratto... ».

⁽⁵⁷⁾ Vedi ad es. i provvedimenti svizzeri ricordati dal VISCHER, *Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht*, particolarmente a p. 60 ss.

mento infatti si sono plasmate le situazioni reali, che hanno in tal modo ricevuto un'impronta decisiva ⁽⁵⁸⁾.

A questo punto devono farsi talune osservazioni.

In primo luogo si noti come la valutazione dell'accordo di volontà da parte dell'ordinamento dell'interprete debba, secondo l'attuale pensiero del Quadri, essere profondamente diversa da quella che si configura accettando le premesse accolte dalla scuola italiana di diritto internazionale privato e che il Quadri stesso aveva contribuito a chiarire. Secondo tali premesse — che l'autore designa come « positivistiche » comprendendo nella nozione la corrente pubblicistica e quella privatistica — il legislatore attribuirebbe alle parti colla norma di diritto internazionale privato un potere di disporre in ordine alla legge applicabile. Le affermazioni positivistico-volontaristiche, e l'argomento per cui non si potrebbe ammettere un effetto della volontà prima di avere stabilito la legge sotto la quale assumerla, vengono ora decisamente respinte dal Quadri ⁽⁵⁹⁾.

Ciò non significa però che i principi accolti dall'ordinamento dell'interprete non esercitino una funzione precisa circa l'idoneità dell'accordo ad effettuare un richiamo. Pure attribuendo alle norme di diritto internazionale privato semplicemente la funzione di indicare un rapporto fra una situazione e un ordinamento estraneo, il Quadri non nega il rilievo che su di un piano generale, normativo, hanno i principi posti nel sistema di collegamento. Il Quadri attribuisce quindi alle norme di diritto internazionale privato uno scopo internazionalistico, per cui esse si adeguano alle esigenze della vita di relazione internazionale, ma non giunge ad identificarle, così come aveva fatto la scuola universalistica, in proposizioni extranormative.

A questo proposito, si deve considerare con speciale attenzione la premessa dello scrittore, per cui rispetto alla interpretazione di ogni circostanza di collegamento si pone un problema

⁽⁵⁸⁾ QUADRI, *Lezioni*³, pp. 116-117.

⁽⁵⁹⁾ *op. cit.*, p. 126.

autonomo, in relazione ai caratteri e alle modalità di impiego di essa ⁽⁶⁰⁾. Estremamente interessante appare, sotto questo profilo, l'utilizzazione della figura anglosassone del *proper law* quale si effettua nella disciplina delle obbligazioni contrattuali. La pertinenza di essa venne dal Quadri chiarita nell'ambito di una indagine generale circa i concetti propri del diritto anglosassone, mentre successivamente ne fu tentata una concreta applicazione alla materia delle obbligazioni contrattuali ⁽⁶¹⁾.

Comunque sia, ove si intenda in questo modo il valore dell'accordo utilizzato nell'art. 25, 1° comma delle Preleggi (così come avviene, sempre nel pensiero del Quadri, per l'art. 26), se ne deve dedurre che la previsione legislativa limiti il funzionamento del criterio, ma appunto per ciò non si esclude, anzi si presuppone, una valutazione dell'accordo secondo il sistema che lo prevede quale mezzo di richiamo. Ed è interessante notare come allo sforzo di limitare l'ambito della funzione esplicita dalla *lex fori* effettuato dagli scrittori che si sono richiamati al modello del *proper law*, corrisponda un ampliamento della funzione attribuita all'ordine pubblico, con un richiamo, anche se non avvertito, alla tradizione del Mancini ⁽⁶²⁾.

Sotto taluni aspetti appare collegato alle indagine del Quadri, mentre per altri ne diverge, lo sforzo compiuto da uno scrittore che ha esaminato acutamente, giungendo a respingerla, la

⁽⁶⁰⁾ Sul punto vedi le esatte osservazioni del BENTIVOGLIO, *Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato*, in particolar modo a p. 147.

⁽⁶¹⁾ Vedi sul punto il lavoro del FANARA, *La commissione ed il contratto di borsa nel diritto internazionale privato*, p. 14 ss. e la bibliografia ivi citata.

Sulla figura del *proper law* e sulla possibilità di un inserimento di essa nei diritti continentali vedi per tutti SCHMITHOF, *The english conflict of Laws*, p. 117 ss.; WORTLEY, *The general Principles of Private international Law from english Standpoint*, p. 44 ss., e ZANNINI, *Volontà delle parti e « proper law of contract »*, nonché la bibliografia ivi ricordata, ed inoltre i lavori del MANN e del MORRIS più volte ricordati.

⁽⁶²⁾ Vedi sul punto FERRARI BRAVO, *Aspetti generali...* p. 56, nota 110, cui rimando per un *excursus* sulle varie posizioni dottrinali.

distinzione tradizionale tra criteri di collegamento di fatto e criteri di collegamento giuridici, il Bentivoglio ⁽⁶³⁾.

Questo scrittore, affermando che il collegamento con un sistema straniero è subordinato alla effettiva esistenza di un legame fra il rapporto da regolare e quel sistema, si inserisce, accettandone l'indirizzo, nella corrente dottrinale italiana che, ricollegandosi ad un movimento di pensiero sempre vivo all'estero, ha sottoposto ad una revisione critica le posizioni più intransigentemente nazionalistiche e formalistiche proprie del positivismo giuridico nel campo del diritto internazionale privato. Sotto questo profilo è innegabile una affinità del pensiero del Bentivoglio non solo con le tesi del Quadri, ma anche con le affermazioni, decisamente critiche e coscientemente innovatrici, dello Ziccardi ⁽⁶⁴⁾.

Il Bentivoglio concorda pienamente con il Quadri nella teoria da questi enunciata circa il significato dell'atteggiamento dei soggetti del contratto, ed identifica lo scopo dell'accordo delle parti nell'intento di situare un rapporto obbligatorio in un ordinamento estraneo. Tale essendo il valore dell'accordo, esso viene utilizzato dalla norma di diritto internazionale privato solo per riconoscere in via preventiva ed ipotetica la competenza del sistema legislativo così designato. Il collegamento viene però sottoposto ad una precisa condizione: esso infatti potrà effettuarsi solo se l'accordo presenti i requisiti di validità richiesti della *lex causae*: solo dopo avere accertato la sussistenza di tali requisiti il collegamento previsto in ipotesi dal legislatore nazionale risulterà effettivamente realizzato ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ Del BENTIVOGLIO, oltre lo scritto già ricordato *Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato*, vedi *I crediti documentari nel diritto internazionale privato italiano*. Un atteggiamento affine, nella materia che si esamina, a quello del Bentivoglio viene accennato, più che sviluppato, dal VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, pp. 131-132.

⁽⁶⁴⁾ Vedi a questo proposito le esatte affermazioni del RUINI, in *La dottrina italiana...*, cit., pp. 487-488. Sul pensiero del Bentivoglio vedi anche le considerazioni critiche del BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, p. 371.

⁽⁶⁵⁾ BENTIVOGLIO, *Sulla natura dei criteri di collegamento*, p. 156.

Il Bentivoglio ha così — senza dubbio correttamente, date le premesse accolte — individuato la necessità di una valutazione dell'accordo secondo la *lex causae*, la quale assume la disciplina sostanziale del rapporto e viene « indicata » attraverso gli elementi propri ai criteri di collegamento previsti nel sistema di diritto internazionale privato ⁽⁶⁶⁾, ed ha esattamente precisato come ad un preventivo collegamento effettuato in via ipotetica debba seguirne un secondo, di carattere definitivo. Egli però non giunge a svincolare del tutto il procedimento del richiamo a diritti stranieri dall'azione della norma di diritto privato, pur avendo designato la funzione da queste svolta come una mera indicazione. Se una indicazione sussiste, è infatti difficile ammettere che essa operi senza che vengano determinati i requisiti di validità dell'accordo con il quale viene rilevata la soggezione giuridica del rapporto ad un ordinamento straniero. Sotto questo profilo possono muoversi circa la tesi del Bentivoglio osservazioni del tutto analoghe a quelle formulate circa la teoria del Quadri.

In realtà per accogliere sino ad ogni conseguenza la tesi del Bentivoglio — cui pure spetta il merito di aver sviluppato l'affermazione che non si può prescindere dalla *lex causae* per attuare un collegamento — occorrerebbe sviluppare l'indagine o superando del tutto le premesse della teoria positivista, ovvero precisandole.

È infatti possibile attribuire un significato alla valutazione della *lex causae* ove si superi completamente la premessa della teoria positivistico-nazionalista e si ritorni ad una concezione universalistica circa la natura e la funzione delle norme di diritto internazionale privato. Si deve però in tal caso togliere a queste ultime anche la funzione di « indicare » un ordinamento straniero, e persino quella di riconoscere che quest'ultimo ha assunto la disciplina sostanziale del rapporto, ed ammettere che tali

(66) Vedi BENTIVOGLIO, *Sulla natura...*, particolarmente a p. 148 ss.

norme o esprimano semplicemente una verità scientifica ovvero riflettano un modo di essere di un sistema a base interindividuale. Si potrebbe così escludere qualsiasi funzione determinante in senso normativo nella norma di richiamo, e pertanto qualsiasi necessità di tener conto della valutazione che tale norma faccia circa la configurazione giuridica della circostanza assunta a mezzo di collegamento. Ma a questa concezione il Bentivoglio non giunge, limitandosi ad una considerazione delle esigenze internazionali del sistema di diritto internazionale privato.

È invero parimenti possibile formulare il rapporto che esiste fra la valutazione del diritto richiamante a quella propria del diritto estraneo configurando tali valutazioni come due momenti distinti di un unico procedimento che conservi un valore normativo. Ove si accetti tale concezione, è però necessario riconoscere che il rapporto tra le due valutazioni si identifica in un nesso di pregiudizialità: il che permette appunto di formulare il procedimento di richiamo come comprendente due momenti distinti. Il Bentivoglio, che pure chiarisce le premesse per giungere ad una tale configurazione, non giunge però ad individuare fra la valutazione del sistema richiamante e quella del sistema richiamato l'esistenza di un nesso di pregiudizialità, sia perchè egli non accetta in pieno il valore normativo del collegamento, sia perchè egli ha sempre assunto rispetto al problema della pregiudizialità una posizione dichiaratamente e coerentemente negativa⁽⁶⁷⁾.

Nel quadro della tendenza di revisione delle premesse tradizionali nel cui ambito opera il Bentivoglio, questo scrittore sembra non aver accolto sino in fondo tutte le conseguenze che si potevano trarre accettando le premesse da lui assunte: sembra pertanto che la sua costruzione non riesca a superare l'impostazione tradizionale della scuola positivista, secondo la quale una volontà è operante solo nell'ambito e in virtù di una legge che la sussuma.

(67) Vedi BENTIVOGLIO, *Questione preliminare...*, p. 105.

20. Una fedeltà più accentuata al pensiero del Perassi e dell'Ago permane sostanzialmente, rispetto al problema che qui interessa, nel pensiero del Barile ⁽⁶⁸⁾.

Questo scrittore ha attribuito, nei suoi lavori, un grande rilievo al carattere spontaneo di una serie di norme giuridiche individuando l'esistenza di esse anche nell'ambito del diritto internazionale privato; ma non mi sembra che la sua teoria modifichi sostanzialmente le affermazioni del Perassi circa il rapporto fra norma giuridica e fatto disciplinato mediante il meccanismo di collegamento. Infatti, secondo il Barile, l'utilizzazione di valutazioni proprie di un diverso sistema si può avere in quanto risulti che la stessa *lex fori*, nel formulare i criteri di collegamento, « abbia voluto indicare, sia pure adoperando concetti a lei propri, fatti che consistono in situazioni attribuite da un altro ordinamento statale », fatti cioè « che implicano una connessione fra il rapporto da regolare e la *lex causae* » ⁽⁶⁹⁾. Ciò accade proprio nel caso in cui si utilizzi il criterio dell'autonomia della volontà, rispetto a cui il Barile sostiene si debba eliminare « l'equivoca qualificazione provvisoria, di cui parla il Bentivoglio », ed occorra affermare decisamente che l'esistenza di una volontà deve essere accertata sulla base della *lex causae*, la quale però va utilizzata solo a questo fine e non per determinare il valore del rinvio.

Quanto si è già detto comporta anche una critica della tesi del Barile, pure enunciata con grande finezza ed ampiamente motivata, e che indubbiamente esprime una tendenza la quale si viene radicando nella dottrina di diritto internazionale privato ⁽⁷⁰⁾. Una volta infatti che si riconosca come il richiamo a

⁽⁶⁸⁾ Del BARILE vedi particolarmente, oltre la voce *Collegamento (criteri di)*, più volte ricordata, lo scritto *Interpretazione del giudice e interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto*.

⁽⁶⁹⁾ BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, p. 357 e pp. 371-37.

⁽⁷⁰⁾ In senso affine al Barile vedi ad es. ad ultimo le affermazioni, in verità dubitative, del KEGEL, *Internationales Privatrecht*, p. 209 « Die Parteien wählen das für den Schuldvertrag massgebende Recht durch Vertragsbestimmung. Zustandekommen und Gültigkeit dieser *professio juris* sollte man dem für den Schuldvertrag gewählten Recht unterstellen (streitig: manche für *lex fori*) ».

valutazioni della *lex causae* venga effettuato in base alla *lex fori* e in virtù di essa, si ammette necessariamente quel valore normativo del richiamo di cui pure il Barile critica l'aspetto puramente formalistico ⁽⁷¹⁾, ma che non si può escludere ove si configuri come determinante l'azione svolta dalla norma di collegamento ⁽⁷²⁾.

Ciò ammesso non si comprende come si possa negare la necessità di una valutazione dei requisiti dell'accordo anche in base ai principi della *lex fori*, valutazione che nel diritto italiano viene imposta da un'analisi della norma vigente, elaborata in un clima decisamente positivista. Anche in relazione a ciò non mi sembra che si possa giungere a superare la necessità di una duplice valutazione della volontà delle parti, e a far disciplinare i requisiti dell'accordo direttamente dalla *lex causae*, come invece fanno correttamente la giurisprudenza e gli scrittori anglosassoni in base ad un'applicazione del principio del *proper law*, giungendo così ad una disciplina unitaria di qualsiasi requisito — sostanziale, formale e subiettivo — dell'accordo ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, pp. 369-370.

⁽⁷²⁾ Appare a questo punto interessante rilevare come l'ultimo grande scrittore della scuola universalistica, il FRANKENSTEIN, abbia accolto rispetto al problema della valutazione della volontà sostanzialmente una tesi affine a quella propria della scuola positivista italiana. Ciò egli ha potuto fare considerando che la volontà delle parti si estrinsechi non in un richiamo primario, ma in un richiamo secondario, disciplinato dal diritto primariamente richiamato, il quale stabilisce quali altri criteri siano applicabili in via sussidiaria (*Internationales Privatrecht-Grenzrecht*, Vol. II, p. 181). Il Frankenstein quindi ripiega su di una soluzione intermedia, senza accogliere in pieno quell'impostazione universalistica o comunque indipendente da ogni atteggiamento normativistico (vedi sul punto la lucida dimostrazione del BATIFFOL, *Le rôle de la volonté en droit international privé*, p. 73 ss.), che permette di considerare la volontà ai fini del collegamento del tutto libera da una disciplina legale. Ed è pure interessante notare come nel *Projet d'un code européen de droit international privé*, art. 418 ss., il Frankenstein abbia accolta una soluzione del tutto analoga a quella sopra chiarita.

⁽⁷³⁾ Sull'applicazione della legge che corrisponde all'intenzione delle parti rispetto ai requisiti di forma dell'accordo e di capacità delle parti, e circa i limiti essenziali che la giurisprudenza pone al principio vedi SCHMITTHOFF, *The english conflict of Laws*, p. 117 ss.

Rimane, infine, da rilevare come il Barile abbia pienamente sviluppato nel campo processuale le affermazioni da lui poste nell'ambito del diritto internazionale privato. Chiarendo come la norma che contempla la deroga alla giurisdizione italiana comprenda nel proprio oggetto la valutazione della *lex causae* circa l'accordo, il Barile ha individuato quella rilevanza del diritto estraneo sul meccanismo stesso della norma derogatrice che in queste pagine si è cercato di precisare rispetto al fenomeno del collegamento a leggi straniere. I presupposti accolti dallo scrittore circa la differenza nella natura e nell'oggetto fra diritto internazionale privato e diritto processuale civile internazionale gli hanno però impedito di utilizzare nell'una materia le osservazioni circa i rapporti fra i due sistemi da lui enunciate nel campo processuale ⁽⁷⁴⁾.

21. Si prendano ora in esame i requisiti dell'accordo nell'ordinamento italiano.

Si deve innanzitutto escludere che il nostro diritto internazionale privato consideri come volontà idonea ad effettuare il collegamento solo quella che individui un ordinamento oggettivamente connesso con il contratto, e ciò non solo per le ragioni esegetiche ottimamente messe in rilievo dal Barile ⁽⁷⁵⁾, ma anche e soprattutto perchè nel sistema italiano di diritto internazionale privato la volontà viene concepita come l'espressione di un'autonomia, di un atteggiamento della parte che costituisce una ragione sufficiente perchè la disciplina del contratto venga ricollegata ad un diverso sistema.

Nell'attribuire alle parti il potere di indicare la legge che regola l'obbligazione contrattuale, la dottrina italiana giunge a risultati che si ricollegano senza soluzioni di continuità a quelli accolti, in base ad opposte premesse, dal Mancini. Si chiarisce

⁽⁷⁴⁾ BARILE, *Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 658.

⁽⁷⁵⁾ Vedi BARILE, *Collegamento (criteri di)*, p. 370.

così come l'atteggiamento delle parti venga valutato dall'ordinamento richiamante come una espressione di volontà diretta al collegamento ad un sistema estraneo, anche se l'intento pratico dei contraenti era — come avviene nella maggior parte dei casi — quello di disciplinare concretamente il contenuto di un'obbligazione contrattuale. Ne consegue che i requisiti dell'accordo debbono venir valutati dal sistema di diritto internazionale privato in funzione dello scopo tipico rispetto al quale la volontà viene utilizzata, e non in relazione allo scopo concreto di essa: e pertanto occorrerà accertare tali requisiti con riguardo alla loro idoneità ad effettuare un collegamento a leggi straniere, anche se alla identificazione di uno scopo tipico si potrà giungere solo ricorrendo alla presunzione dell'esistenza di una volontà ad esso diretta ⁽⁷⁶⁾.

Lo scopo tipico dell'accordo deve venire considerato anche al fine di delimitare l'efficacia della norma che prevede l'autonomia delle parti, la quale non si estende nè alla disciplina della capacità dei contraenti, nè alla disciplina della forma della manifestazione della volontà. Questo punto merita un attento esame.

È innanzitutto chiaro che la disciplina dei requisiti sostanziali della volontà, intesa in funzione dello scopo strumentale che essa si propone, dei vizi di essa (errore, dolo, violenza), e degli elementi accidentali del negozio debba venire desunta dalla *lex fori* ⁽⁷⁷⁾, anche se il richiamo è subordinato al giudizio proprio della *lex causae* circa la validità dell'accordo.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto vedi gli esempi riportati, con decisa critica al principio accolto nel testo, dal GÖRTZ, *Der Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, pp. 4-7. Sul punto che la manifestazione della volontà debba venire accertata in funzione dello scopo tipico, e non dell'intento pratico delle parti, vedi invece le affermazioni, sia pure poste in base a premesse diverse da quelle qui assunte, dello HAUDEK: « Um wirksam zu werden, muss die Verweisung... wirklich auf internationalprivatrechtliche Zwecke gerichtet sein, kurz, sie muss als Kollisionsrechtliche Verweisung darstellen » (*Die Bedeutung*, p. 35).

⁽⁷⁷⁾ Che l'accertamento dei requisiti sostanziali di validità dell'accordo delle parti debba avvenire in linea di massima applicando le disposizioni materiali della

Il principio non può però venire esteso alla disciplina della manifestazione della volontà, della forma con cui essa si esprime. Anche accogliendo la tesi secondo cui i mezzi di collegamento debbono essere disciplinati direttamente dalla *lex fori* in considerazione della funzione costituzionale attribuita alla norma di diritto internazionale privato⁽⁷⁸⁾, tale disciplina deve venire attuata solo rispetto a quell'accadimento che nel sistema di diritto internazionale privato si ritiene necessario e sufficiente ad effettuare il richiamo: nel nostro caso l'accordo di volontà delle parti inteso in senso sostanziale. Il sistema del diritto internazionale privato italiano ha infatti la singolare caratteristica di scindere nettamente la disciplina dei requisiti sostanziali degli atti giuridici dalla disciplina dei requisiti formali, pur prevedendo interferenze fra l'una e l'altra: e ciò perchè, come ho cercato di dimostrare in altra sede, si è accolta ed applicata fino alle estreme conseguenze la teoria volontaristica, che distingue nettamente la volontà sostanziale dal modo di manifestazione di essa⁽⁷⁹⁾.

Rispetto alla forma degli atti si è accolto nell'art. 26 delle disp. prel. un modo di collegamento che si attua mediante l'adozione di criteri concorrenti e che disciplina direttamente l'idoneità formale di un accordo a richiamare un ordinamento straniero. Si deve infatti escludere la possibilità di regolare la forma di un contratto applicando in un primo momento, ai fini del richiamo, le norme materiali italiane relative alla manifestazione della volontà, ed in un secondo momento, ai fini della disciplina del

lex fori, è in genere più accennato che sviluppato: vedi però l'incisiva presa di posizione del MORELLI, *Elementi*, p. 59 il quale coerentemente ritiene che anche la capacità delle parti e la forma dell'accordo debbano venire disciplinati, ai fini del richiamo, dalla legge materiale dell'interprete. Fra gli scrittori stranieri vedi la precisa affermazione del SCHNITZER, *Handbuch*, vol. II, p. 629.

⁽⁷⁸⁾ Vedi sul punto PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, pp. 72-79; MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 93.

⁽⁷⁹⁾ Vedi MIGLIAZZA, *La disciplina della forma degli atti di ultima volontà nel diritto internazionale privato*, in particolare a pp. 188-190.

contratto, le norme straniere richiamate attraverso l'art. 26 ⁽⁸⁰⁾. La norma relativa alla forma degli atti disciplina infatti questa ultima sotto ogni profilo, e non v'è alcuna ragione di restringerla arbitrariamente la portata; nè si possono addurre — a parte l'insufficienza logica dell'argomento — gli inconvenienti che derivano dal disciplinare, ricorrendo a sistemi diversi, i requisiti formali e sostanziali dell'accordo, poichè tali inconvenienti sono insiti nella legge stessa ⁽⁸¹⁾.

Resta in ultimo da considerare come mediante il procedimento sopra chiarito si semplifichi notevolmente il compito dell'interprete, il quale dovrà attuare una disciplina unitaria dei requisiti formali dell'accordo delle parti, e giungerà pertanto ad una medesima soluzione finale sia che la volontà venga considerata ai fini del richiamo, sia che essa venga utilizzata per la disciplina degli effetti dell'obbligazione contrattuale.

La diversa disciplina accolta dalle Preleggi circa i requisiti formali ed i requisiti sostanziali degli atti giuridici avrebbe potuto far sorgere gravi inconvenienti ove fosse mancato, per la disciplina della forma, un richiamo alla legge sostanziale. Ciò comporta che il richiamo ad una legge straniera contenuto in un contratto attribuisca di per sè un carattere di estraneità all'accordo, i cui requisiti possono così venire disciplinati dalla legge cui le parti abbiano fatto riferimento. Ma il criterio della *lex substantiae* non è che uno dei criteri accolti cumulativamente per disciplinare i requisiti formali dell'atto: fra i quali criteri l'inter-

⁽⁸⁰⁾ La tesi qui combattuta viene invece accolta dall'UBERTAZZI, *Il comportamento delle parti e la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, p. 202.

⁽⁸¹⁾ Sulla distinzione fra la forma e la sostanza degli atti privati nel sistema di diritto internazionale privato italiano vedi i rilievi del QUADRI, *Sulla legge applicabile alla forma...*, p. 245, in base ad una costruzione del tutto diversa da quella accolta nel mio studio più volte ricordato. Sul problema in generale vedi, da ultimo, LOUIS-LUCAS, *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois*. Circa il criterio del *favor actus* di cui all'art. 26, 1° comma, delle Preleggi, vedi ora l'acuto *excursus* del FRANCESCAKIS, *Droit naturel et droit international privé*, p. 13 ss., e particolarmente p. 129: « La pratique... est dominée par l'idée de faveur pour la validité des résultats des conduites humaines ».

prete deve scegliere in base ad un criterio ulteriore, quello del *favor actus*. Sarà quindi possibile che una obbligazione disciplinata quanto alla sostanza da una legge straniera, venga disciplinata quanto alla forma del diritto italiano.

L'esistenza di una volontà delle parti tendente a richiamare un diritto straniero può poi venire dimostrata anche prescindendo dall'art. 26 delle Preleggi.

I problemi che si presentano all'interprete italiano sono infatti due problemi diversi, nettamente distinguibili.

In una prima ipotesi può darsi che le parti abbiano posto in essere un accordo, il cui scopo sia quello di richiamare un diritto straniero. La forma dell'accordo in questo caso viene disciplinata in primo luogo dall'art. 26 delle Preleggi, e quindi l'interprete dovrà accertare se essa appaia idonea a manifestare una volontà secondo la più favorevole delle leggi cumulativamente richiamate.

La volontà può invece venire desunta da atteggiamenti delle parti diretti ad uno scopo concreto diverso: ad esempio a disciplinare il contenuto dell'obbligazione contrattuale o a risolvere le controversie che possono ricollegarsi al contratto. Si può dare anche il caso che le parti si siano limitate a designare per la disciplina di tali controversie le norme di un sistema organizzato (Cammere di commercio, unioni economiche, ecc.), collegabile a sua volta ad un sistema statale ⁽⁸²⁾.

Il problema di determinare se da tali atteggiamenti delle parti si possa dedurre il richiamo ad un ordinamento straniero si risolve attraverso una interpretazione dell'ultima parte del 1° comma dell'art. 25, ove si dice che «è salva in ogni caso la diversa volontà delle parti»: esso esula pertanto

⁽⁸²⁾ Sul fenomeno dei sistemi giuridici organizzati che fanno capo ad enti economici, e soprattutto circa l'aspetto arbitrale di tali sistemi, vedi soprattutto, oltre l'ampia indagine del NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, il corso del CARABIBER, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, specialmente a p. 153 ss. e la bibliografia ivi citata.

dall'ambito della norma che disciplina la forma degli atti, la quale ha lo scopo di regolare il modo di estrinsecazione della volontà delle parti: ossia quell'atteggiamento di esse, che nel convincimento sociale esprime una volontà corrispondente allo scopo tipico dell'atto. Tra forma e sostanza di un atto esiste quindi un nesso di strumentalità, in quanto la prima è, nel convincimento sociale, diretta ad inserire la seconda nel mondo di relazione ⁽⁸³⁾.

Si verta nella prima o nella seconda ipotesi, l'art. 25 delle Preleggi permette di considerare il problema dell'atteggiamento delle parti in modo assai più liberale che non mediante una semplice applicazione dell'art. 26. Dicendo che «è salva in ogni caso la diversa volontà delle parti», il legislatore ha inteso appunto ammettere la possibilità che si dimostri un comune intento delle parti, anche se esse non si fossero proposte come scopo concreto quello di ricollegarsi ad un diverso sistema: ed è quello il caso di gran lunga più frequente. Nasce da ciò un problema di prova.

Che il problema della prova sia un problema autonomo, ma strettamente connesso a quello della forma, ho cercato di dimostrare in altra sede, come ho cercato di dimostrare che la prova viene disciplinata in ogni caso dalla legge del giudice ⁽⁸⁴⁾. Un atteggiamento delle parti può pertanto essere ritenuto idoneo ad un collegamento in base a due diversi principi posti dal sistema italiano, successivamente applicati: e cioè da un lato in base ad una considerazione della forma, si estrinsechi essa in una

⁽⁸³⁾ Sui problemi generali che si pongono nel sistema del diritto internazionale privato italiano relativamente alla distinzione fra forma e sostanza degli atti rimando al mio studio su *La disciplina della forma degli atti di ultima volontà nel diritto internazionale privato*, p. 180 ss.

⁽⁸⁴⁾ *op. cit.*, p. 214 ss. Qualche utile considerazione generale sul problema della prova degli atti si trova in RICAUX, *La force probante des écrits en droit international privé*, pp. 2-10: con l'avvertenza che nello scritto si accolgono talune configurazioni, fra cui quello di forme *ad sollemnitatem* contrapposte alle forme *ad probationem*, che non mi appaiono fondate.

dichiarazione o in un mero comportamento, d'altro lato attraverso una dimostrazione dell'esistenza di una volontà che non sia diretta ad un richiamo, ma da cui questo si possa desumere⁽⁸⁵⁾.

L'ordinamento italiano, che in materia di forma degli atti si ispira ad un principio di libertà per cui ogni atto in linea di massima può venire compiuto in qualsiasi forma idonea allo scopo⁽⁸⁶⁾, accoglie conseguentemente, anche rispetto alla disciplina dei mezzi di prova, il principio per cui, salvo i limiti tassativamente previsti, il giudice può trarre elementi di prova da ogni fatto la cui utilizzazione non gli sia espressamente vietata⁽⁸⁷⁾. Il principio, intrecciandosi con quello del *favor actus* utilizzato nell'art. 26 delle Preleggi, e completandolo, fa sì che tanto sotto l'aspetto probatorio come dal lato formale venga al massimo facilitato il richiamo ad una legge straniera per la disciplina di un'obbligazione contrattuale.

(85) L'applicazione dei due diversi principi non viene rilevata nel recente studio dell'UBERTAZZI, *Il comportamento delle parti e la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, che pure apporta utili contributi all'esame del problema, in base alla esatta riaffermazione dell'esistenza del principio della libertà di prova nel diritto italiano di cui si mette giustamente in rilievo l'aspetto antiformalistico. In base a tale affermazione l'Ubertazzi individua ed esamina un'ampia casistica.

(86) Sul principio della libertà di forma degli atti di diritto privato nel sistema italiano, vedi per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, vol. I, p. 288. Sul principio della libertà di prova vedi per tutti CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Vol. I, p. 821.

(87) Sul punto vedi da ultimo l'affermazione generalissima della CASSAZIONE 22-10-1956, per cui il giudice è libero di dedurre elementi di prova da ogni fonte che non sia vietata dalla legge. Due interessanti applicazioni del principio della libertà di prova, con specifico riferimento alla volontà delle parti diretta ad attuare un collegamento con un sistema straniero, sono state recentemente effettuate dalla giurisprudenza italiana. L'APPELLO ROMA nella sentenza 4-6-1961 ha dichiarato che l'accertamento della volontà manifestata dalle parti per la sottoposizione del contratto ad una legge straniera non può avvalersi di presunzioni legali, che l'art. 25 delle Preleggi non prevede, mentre sono ammissibili le presunzioni semplici, precisando come nella legge non sussista alcuna esclusione di prove testimoniali. A sua volta la CASSAZIONE nella sentenza 2-12-1960 ha escluso che sia censurabile in Cassazione, ove non sia viziato da errori logici e giuridici, l'accertamento compiuto dal giudice di merito circa la volontà dei contraenti di sottoporre il loro rapporto ad una legge straniera.

Occorre però rilevare come nella specifica materia della prova di un accordo che tenda al richiamo di una legge straniera la giurisprudenza e la dottrina italiana abbiano assunto in quest'ultimo periodo un atteggiamento più rigido che un tempo. Quando infatti si riteneva che i criteri oggettivi, posti dal legislatore accanto al criterio dell'autonomia delle parti, avessero valore solo in quanto presunzioni legali di volontà, si era quasi sempre affermata la tendenza a ricostruire un accordo attraverso dati il cui significato obbiettivo appariva quanto mai incerto. Una volta invece che si ammise come la volontà delle parti sia un mezzo autonomo di collegamento, sussunto nella fattispecie della norma di diritto internazionale privato, apparve naturale l'esaminare con maggiore rigore l'esistenza di indici presuntivi di una volontà. Si negò in questo modo che la clausola di deroga a favore di un tribunale straniero faccia presumere la volontà di sottoporre il contratto, cui la clausola viene apposta, alle leggi dello Stato in cui opera quel tribunale; e recentemente si è negato che l'adeguamento di un contratto a disposizioni di una legge straniera comporti un richiamo di quella legge⁽⁸⁸⁾.

I problemi interpretativi in questa materia non sono comunque nè pochi nè di agevole soluzione, come questo *excursus* si è proposto di dimostrare. E certamente un'analisi concreta

⁽⁸⁸⁾ Così da ultimo l'APPELLO ROMA nella sentenza su ricordata del 4-6-1961, ha accolto le conclusioni di un parere *pro veritate* di parte, per cui « la recezione delle norme giuridiche di un determinato Stato in un contratto internazionale, se si riferisca a specifiche situazioni, non solo non costituisce manifestazione della volontà di sottoporre il contratto, nel suo complesso, alla legge di quello Stato, ma sta a provare esattamente il contrario, e cioè che la legge di quello Stato è stata richiamata dalle parti al fine di applicarla soltanto negli specifici casi ai quali il contratto si riferisce ». Circa taluni atteggiamenti restrittivi della giurisprudenza italiana, nei primi decenni del secolo, nel senso cioè di escludere che un collegamento ad un sistema straniero determinato dalle parti si abbia in mancanza di una espressa dichiarazione vedi QUADRI, *L'interpretazione dei negozi giuridici*, p. 266 nota 5. In dottrina negano la possibilità di attribuire l'efficacia di richiamare un sistema straniero ad atteggiamenti delle parti, quali lo stipulare l'accordo in un mercato, ecc..., DE NOVA, *Nota a Cassazione 27-12-48* e BARILE, *Collegamento (criteri di)*, p. 370.

delle situazioni giuridiche che si connettono all'autonomia delle parti dimostra le difficoltà nell'attuazione di un principio sorto in base a presupposti universalistici, e che si è sviluppato in un ambiente e in base a premesse scientifiche del tutto diverse. Ma tali considerazioni esulano dai limiti di questa ricerca.

22. Considerazioni in buona parte analoghe debbono farsi a proposito del problema della determinazione della qualità di soggetti di diritto delle parti e della loro capacità, di diritto e di agire. In linea teorica tali requisiti possono venire disciplinati in tre modi diversi: *a*) mediante il rinvio alla legge richiamata per la disciplina del contratto (nel caso, alla legge designata dalle parti); *b*) mediante l'applicazione delle norme materiali italiane che regolano l'attribuzione della qualità di soggetto di diritto, e della capacità di diritto e di agire; *c*) mediante il richiamo alla legge richiamata per la disciplina dello stato e della capacità delle persone (articolo 17 disp. prel. C.c. integrato, per gli apolidi, dall'art. 29).

Ben poco si può trovare relativamente al problema nella dottrina e nella giurisprudenza italiana sulla base del Codice vigente, ove si escluda l'adesione del Morelli alla seconda delle tesi esposte. Nel vigore della legislazione precedente, invece, il contrasto fra l'art. 9 delle Preleggi e l'art. 58 del Codice di commercio aveva portato ad una vivace polemica circa l'accoglibilità della prima o dell'ultima soluzione. Sembra opportuno esporre i termini della discussione.

Mentre rispetto alle obbligazioni civili l'opinione dominante ammetteva che i requisiti soggettivi del contratto dovessero venire disciplinati dalla legge richiamata per regolare lo stato e le capacità delle persone, rispetto alle obbligazioni commerciali questa tesi venne in genere accolta dagli scrittori meno recenti, ma successivamente essa fu sottoposta ad una vivace critica da vari autori che misero in rilievo lo scopo dell'art. 58, che è quello di tutelare la sicurezza degli affari, maggiormente

protetta ove l'intero contratto in tutti i suoi requisiti, anche soggettivi, sia retto dalla *lex contractus*. Basti riflettere all'argomentazione addotta, per respingere l'estensione del principio al campo civile o la sua applicazione in un sistema che regoli in maniera uniforme la materia delle obbligazioni ⁽⁸⁹⁾.

La discussione sorta intorno all'art. 58 del Codice di commercio, per quanto ormai in sè superata, presenta ancora un rilievo nel nostro diritto perchè ha permesso di formulare la teoria delle capacità speciali, secondo cui tutto ciò che si riferisce ai requisiti soggettivi di ogni singolo rapporto dovrebbe venire disciplinato dalla legge richiamata per la disciplina del rapporto stesso; e quindi nel caso di obbligazioni contrattuali disciplinate attraverso la legge cui si sono riferite le parti, i requisiti di capacità dovrebbero venire regolati dalle disposizioni materiali della legge richiamata coll'accordo.

In altra sede ho cercato di superare la equivoca teoria delle capacità speciali, gravemente in contrasto con lo scopo ispiratore dell'art. 17 delle Preleggi, e rinvio quindi senz'altro a quella dimostrazione ⁽⁹⁰⁾.

In quello studio giungevo alla conclusione che mentre è erroneo il configurare capacità speciali, deve invece accogliersi, contrapponendola alla capacità, la figura della legittimazione, che riflette un nesso fra la persona ed un rapporto con-

⁽⁸⁹⁾ Nel senso della inapplicabilità al campo civile del principio che si sostiene accolto nell'art. 58 Codice comm. vedi DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, p. 14; ANZILOTTI, *Legge regolatrice delle obbligazioni*, pp. 619-620 e *Sulla legge regolatrice della capacità giuridica dei contraenti*, p. 468; CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, p. 96 ss.; LONCO, *Diritto internazionale pubblico e privato*, p. 232 ss. Hanno sostenuto la tesi opposta, che anche nel campo commerciale la capacità delle parti debba venire disciplinata attraverso l'art. 6 delle Preleggi il PACCHIONI, *Le disposizioni della legge in generale*, p. 221 ss. e l'OTTOLINGHI, *Lezioni di diritto internazionale*, p. 523 ss. Ha invece sostenuto una tesi intermedia, per cui l'art. 58 si applicherebbe al solo problema della capacità degli stranieri in Italia, e non alla capacità degli italiani all'estero il BOLAFFIO, *Esegesi dell'art. 58 del Codice Comm.*

⁽⁹⁰⁾ Sul punto vedi MIGLIAZZA, *L'indegnità a succedere nel diritto internazionale privato*, particolarmente p. 208 ss.

creto: nesso che nel caso della capacità dei contraenti è assolutamente insussistente. E rimane da aggiungere, per usare un argomento di critica legislativa, che non appare logicamente impossibile disciplinare i requisiti di capacità ad effettuare il richiamo con un rinvio alla *lex contractus*: ma che ciò non è certamente semplice nè agevole.

Si deve ora prendere in esame la possibilità della seconda soluzione, la quale appare a sua volta inaccoglibile.

Il disciplinare secondo le norme materiali italiane la qualità di soggetto di diritto e la capacità di diritto e di agire dei contraenti, urterebbe infatti contro un principio fondamentale del diritto internazionale privato italiano, in cui si ritiene che gli individui assumano rilievo dal punto di vista giuridico, e possiedano quindi capacità di diritto e di agire, non secondo le disposizioni materiali italiane, applicabili a chiunque, ma in virtù delle norme vigenti nell'ordinamento dello Stato che li considera propri cittadini. Questo punto è stato recentemente chiarito dalla dottrina italiana con argomenti storico-sistematici che ritengo difficilmente superabili ⁽⁹¹⁾.

Concludendo, si debbono applicare alla disciplina della capacità di diritto e di agire delle parti — ed al problema preliminare della attribuzione della qualità di soggetti di diritto ⁽⁹²⁾ — le norme di cui agli artt. 17 e 29 delle Preleggi e ciò

⁽⁹¹⁾ Sul punto vedi soprattutto SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano*, e VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 144 s.

⁽⁹²⁾ Vedi, sul punto, la limpida dimostrazione storico-sistematica del DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto*, pp. 381-382. In senso conforme vedi VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 145. Per la tesi contraria, secondo cui i requisiti di capacità degli individui vanno determinati secondo le disposizioni materiali della *lex fori*, vedi MORELLI, *Elementi*, p. 59. La tesi accolta nel testo trova d'altronde una precisa conferma nei lavori preparatori, in quanto la Commissione parlamentare chiaramente affermò che i requisiti formali e di capacità dell'accordo vanno regolati rispettivamente dalla norma che disciplina la forma degli atti e dalla norma che disciplina lo stato e la capacità delle persone (vedi PANDOLFELLI, *Codice civile commentato*, p. 42). È interessante notare come la CASSAZIONE FRAN-

perchè nel sistema italiano di diritto internazionale privato le parti possono richiamare una legge straniera per la disciplina di un contratto solo in quanto siano soggetti di diritto e possiedano la capacità di diritto e di agire secondo la loro legge nazionale ⁽⁹³⁾.

Rimane ancora da esaminare qualche punto dubbio.

Per quello che riguarda la soggettività si prenda in esame la convinzione diffusa che comunque i requisiti richiesti per la attribuzione della qualità di soggetto di diritto vadano disciplinati dalla *lex fori*: la quale tesi a sua volta discende dalla persuasione che un sistema di diritto internazionale privato possa regolare i problemi di stato e di capacità solo relativamente alle persone di cui fu già determinata la esistenza giuridica. Tale concezione venne sopra respinta: ma certamente viene difesa da una parte notevole degli scrittori, in base ai presupposti chiariti ⁽⁹⁴⁾.

Per ciò che concerne la disciplina della capacità di diritto e della capacità di agire, non è certo agevole a chi rimanga fedele ad una concezione positivista superare l'affermazione del Perassi, per cui la volontà utilizzata quale mezzo di collegamento deve venire sotto ogni aspetto disciplinata direttamente dalla *lex fori*. Analizzando poi insieme l'art. 25 delle Preleggi e l'art. 2 C.p.c., un successivo argomento di valore analogico per sostenere che

CESE, 25-6-1957 abbia ritenuto che nel sistema italiano la capacità naturale dei contraenti sia disciplinata dalla norma che regola lo statuto personale. La Corte si adeguò al principio, nonostante che in diritto francese il problema si consideri relativo alla disciplina dei singoli atti (BATTIFOL, *Nota*, p. 682).

⁽⁹³⁾ Su questo punto, come ha ben osservato il De Nova, il sistema italiano di diritto internazionale privato si richiama direttamente alla costruzione del Mancini, per cui il diritto volontario è pur sempre diretto ad un richiamo di leggi straniere il cui ambito è determinato e viene condizionato dal diritto necessario (vedi MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires*, pp. 290-291).

⁽⁹⁴⁾ Sulla tesi per cui l'ordinamento italiano disciplinerebbe direttamente l'attributo della personalità, in quanto presupposto dagli *status* personali, vedi per tutti MONACO, *Diritto internazionale privato*, p. 98 ss. e MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, p. 85. Per la tesi contraria, oltre DE NOVA, *op. cit.*, p. 85, vedi BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, p. 132.

i requisiti soggettivi dell'accordo ai fini del richiamo a leggi straniere debbano venire disciplinati dalle disposizioni materiali della *lex fori*, potrebbe essere dato dalla soluzione accolta per determinare i requisiti soggettivi dell'atto di deroga alla giurisdizione italiana: disciplinati, secondo una opinione larghissimamente accolta in dottrina ed in giurisprudenza, dai principi propri del sistema derogato.

Tali argomenti possono venire superati considerando come essi prescindano dall'effettuare una delimitazione della circostanza assunta per il richiamo: la quale circostanza si identifica, come si è visto, nell'accordo di volontà intesa in senso sostanziale e si esaurisce con esso.

Quale valore debba attribuirsi alla delimitazione del mezzo di collegamento, viene dimostrato dai rilievi degli autori che hanno osservato in linea generale come l'elemento utilizzato per il richiamo venga assunto in una caratterizzazione tipica e non attraverso una insignificante materialità di fatti empirici⁽⁹⁵⁾. Si è quindi richiamata l'attenzione dell'interprete sugli aspetti giuridici del mezzo di collegamento il quale deve venire valutato nella sua precisa fisionomia, nell'insieme dei suoi elementi e solo in funzione di essi.

Resta da aggiungere come dell'accordo delle parti si debba, sempre ai fini del richiamo, analizzare anche la causa, la quale, così come i requisiti sostanziali dell'accordo, viene disciplinata direttamente dalla *lex fori*. Il problema di maggior interesse mi sembra consista nell'accertare se l'intento pratico perseguito dalle parti non sia incompatibile collo scopo tipico del richiamo al diritto straniero. Ad esempio un esame dell'intento concreto perseguito dalle parti porterebbe ad escludere l'utilizzazione della volontà delle parti ai fini del richiamo di un diverso sistema, che pure esse abbiano espressamente individuato, quando da altre espressioni del contratto si desuma la loro vo-

⁽⁹⁵⁾ Su questo punto vedi particolarmente ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, p. 23 ss.

lontà di far disciplinare gli elementi essenziali o le conseguenze della obbligazione dalla legge italiana: qui il giudizio delle parti circa l'estraneità del rapporto rispetto all'ordinamento interno, così finemente posto in rilievo dal Quadri e necessario perchè all'accordo consegua un richiamo ad una legge straniera, verrebbe a mancare. Si deve invece escludere che un collegamento a norme straniere effettuato al solo scopo di evitare l'applicazione di principi tassativi della legge interna o di altra che avrebbe, senza il richiamo, disciplinato il rapporto, possa in sé e per sé venire ritenuto contrario al limite di ordine pubblico della *lex fori*, e ciò malgrado l'opposto atteggiamento della giurisprudenza italiana che ravvisa una contrarietà alla riserva di ordine pubblico nello scopo di evitare disposizioni proibitive della legge nazionale (⁹⁶).

(⁹⁶) Nel senso sopra combattuto vedi CASSAZIONE 12-9-1957. La sentenza è annotata criticamente, in modo conforme a quanto si sostiene nel testo, dal CURTI GIALDINO, *Sulla configurazione dell'art. 25, 1° comma delle Preleggi come norma dispositiva*. È forse opportuno aggiungere che un principio analogo a quello sostenuto dalla Cassazione italiana è stato più volte configurato nella dottrina e nella giurisprudenza straniera, e soprattutto in quella francese, dove esso portò alla formulazione dell'art. 57, 1° comma del Progetto di una legge di diritto internazionale privato, successivamente abbandonato, secondo cui era esclusa l'applicazione della legge designata dalle parti qualora tale indicazione non fosse effettuata per un interesse legittimo. È bene notare come la norma non fosse compresa nel progetto preliminare del Niboyet: essa venne aggiunta in sede di discussione. Sulla norma e sul suo significato nel quadro generale del problema della frode alla legge, in cui il principio indubbiamente rientra, vedi LOUIS-LUCAS, *Les principes directeurs...*, in *Revue critique*, 1952, p. 59, e MAKAROV, *Der allgemeine Teil des internationalen Privatrechts im Entwurfe des neuen französischen Kodifikationswerke*, pp. 259-260. Un ampio riesame del problema della frode alla legge nel campo del diritto internazionale privato ha compiuto da ultimo, riaffermando la vitalità del principio, il MARIDAKIS, *Réflexions sur la question de la fraude à la loi*. Il Maridakis ricorda come un principio analogo a quello accolto nel progetto francese fosse già contenuto nel Codice civile di Zurigo, che è del 1887, all'art. 5, comma 2°.

Nonostante l'opinione autorevolissima del BATIFFOL (*Subjectivisme et objectivisme*, p. 55), non ritengo invece che rientri nella figura di cui sopra il caso deciso dalla CASSAZIONE italiana, nella sentenza 26-5-1929, dove si prende in esame la fittizia stipulazione all'estero di un contratto, effettuata non allo scopo di richiamare un sistema materiale straniero, ma di derogare alla giurisdizione italiana a favore di un procedimento estraneo.

IV

PREMESSE GENERALI RELATIVE ALLA FUNZIONE DELL'ACCORDO DI DEROGA

SOMMARIO: 23. Rapporto fra la soluzione data al problema della natura e della funzione dell'accordo di deroga e la concezione assunta circa la determinazione dell'ambito della giurisdizione nazionale. — 24. Dimostrazione dell'esistenza di questo rapporto attraverso un esame della dottrina italiana, ed in particolare dei lavori del Carnelutti e del Morelli. — 25. Teorie accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la natura e la funzione dell'accordo di deroga e circa la valutazione dei suoi requisiti, anteriormente e successivamente alla legislazione del 1942. — 26. Esegisi dei dati legislativi anche in base ai lavori preparatori del Codice di procedura civile. Scarso significato di questi ultimi ai fini d'una risoluzione del problema.

23. I problemi, fra di loro connessi, dell'efficacia dell'atto di deroga alla giurisdizione e dell'accertamento dei suoi requisiti nel sistema del giudice e nel sistema processuale a cui le parti si sono richiamate, presentano una essenziale affinità col problema della valutazione dell'accordo utilizzato ai fini del collegamento a un diritto materiale straniero; ma, come si è visto, tale affinità non venne sino ad ora riconosciuta, o quanto meno non venne approfondita, data la diversa concezione accolta circa la natura e la funzione del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale nella dottrina e, più inconsciamente, nella giurisprudenza italiana, che hanno sino ad ora respinto ogni tentativo di risolvere in modo unitario le questioni relative all'uno o all'altro sistema di norme.

Una corretta impostazione del problema deve discendere da un riesame dei dati di esso e delle premesse a cui si ricollegano le soluzioni sino ad ora accolte, e soprattutto dal riconsiderare il modo attraverso cui la norma che prevede la possibilità

della deroga utilizza l'accordo di volontà delle parti in favore di un procedimento estraneo.

24. La prima constatazione da farsi è che le tesi accolte circa la rilevanza dell'atto di deroga, circa la natura di esso e circa la disciplina dei suoi requisiti, presentano uno stretto legame con le concezioni relative alla determinazione dell'ambito del potere giurisdizionale. Rispetto a questo problema vennero, come è noto, polemicamente sostenute due tesi opposte: per taluni autori infatti la giurisdizione italiana si estenderebbe ad ogni controversia configurabile la cui soluzione presenti interesse per l'ordinamento italiano ⁽¹⁾; mentre per altri scrittori essa verrebbe determinata mediante l'indicazione di singole classi di controversie ⁽²⁾. A quest'ultima concezione si riallaccia la tesi, rimasta sino ad ora isolata, secondo la quale la giurisdizione italiana non si estenderebbe a classi di controversie, ma bensì a classi d'azioni espressamente previste ⁽³⁾.

A ben guardare, queste tesi si possono ricondurre ad una sostanziale unità. Esse infatti negano che al potere di giurisdizione possano porsi limiti logici, il che facilmente si giustifica

⁽¹⁾ La tesi venne sempre tenacemente sostenuta dal CARNELUTTI, del quale scrittore interessano qui particolarmente i due studi *Limiti della giurisdizione del giudice italiano* (dove si afferma che non esistono limiti logici al potere di giurisdizione, ma si precisa che limiti possono venire posti, purchè ciò avvenga in modo espresso, quando la lite è irrilevante per lo Stato o quando il rendimento del processo non è adeguato al suo costo), e *Intorno al principio della pienezza della giurisdizione*.

⁽²⁾ In questo senso vedi particolarmente MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, e QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo Codice di procedura*, e *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*. Sulle due concezioni contrapposte, della pienezza della giurisdizione e della determinabilità dell'ambito di essa, vedi ora l'accurato esame del TARZIA, *Limiti della giurisdizione italiana nell'esecuzione forzata*, soprattutto a p. 407 ss.

⁽³⁾ In questo senso lo ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*. Uno spunto contrario alla tesi si trova però in giurisprudenza, ove si ritiene che il *forum contractus* ai fini della giurisdizione sussista anche relativamente ad una obbligazione che discenda dal contratto, ma che non venga dedotta in giudizio: vedi da ultimo CASSAZIONE 26-1-1960.

ricordando l'indirizzo chiaramente positivista degli scrittori che le hanno formulate, i quali richiamano le affermazioni dei fondatori di questo indirizzo ⁽⁴⁾. Dal punto di vista storico, invece, si afferma o si nega che il sistema giurisdizionale italiano si sia posto dei limiti: ma comunque si ritiene che una autolimitazione — attuata anche mediante l'utilizzazione della volontà delle parti del processo — non abbia valore se non rispetto al sistema positivo il cui ambito viene così delimitato, e quindi debba discendere da un atto previsto direttamente in esso, e da esso disciplinato.

Il collegare il problema della deroga con il problema della cosiddetta giurisdizione concorrente è quindi quanto mai estraneo ai presupposti accolti dalla maggioranza della dottrina italiana: uniche eccezioni di rilievo — e sempre in base alla legislazione anteriore al 1942 — il Chiovenda e il Ghirardini. In base all'accoglimento dei medesimi presupposti la giurisprudenza italiana, dopo l'entrata in vigore del Codice di procedura del 1942, ha riaffermato che una deroga può aversi solo rispetto alle controversie comprese nell'ambito della giurisdizione nazionale ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Significativo è, ad esempio, il richiamo che il MORELLI (*Il diritto processuale civile internazionale*², p. 87) fa al pensiero del MARINONI espresso ne *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, p. 492 nota 3.

⁽⁵⁾ Interessante appare, da ultimo, l'affermazione, già ricordata in queste pagine, della CASSAZIONE, nella sentenza 18-9-1959. Purtroppo però la Suprema Corte ha posto l'affermazione in modo assolutamente apodittico, senza utilizzare taluni argomenti testuali, invero notevoli, offerti dal Codice di procedura vigente. In primo luogo, infatti, l'aver accolto nell'art. 4 una determinazione specifica dell'ambito del potere di giurisdizione, disciplinando all'art. 2 i casi in cui questo può venire derogato, richiama ad una delimitazione della giurisdizione indipendente dall'istituto della competenza internazionale del giudice straniero, anche se con esso collegata. Ma ancor di più dovrebbe considerarsi come il principio posto all'art. 3, per cui il fatto stesso dell'esistenza di un processo italiano impedisce che possa attribuirsi rilievo ad un procedimento straniero circa la medesima controversia, anche se iniziato in epoca precedente, escluda parimenti, in linea di principio, che una giurisdizione straniera concorra con quella italiana.

Tale principio venne del resto chiarissimamente precisato dalla dottrina anteriore al 1942. Sul punto vedi per tutti QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, p. 103: « Non vi è, fra la giurisdizione italiana e le giurisdizioni straniere, alcuna giuridica concorrenza nè alternatività, e tutt'al più

Il principio viene enunciato così chiaramente dalla dottrina e dalla giurisprudenza — su questo punto in netto contrasto con le tesi accolte nei sistemi stranieri ⁽⁶⁾ — che non sembra in alcun modo accoglibile la tesi recentemente affacciata ⁽⁷⁾, secondo la quale il Quadri e lo Sperduti farebbero esplicita adesione alla teoria per cui la deroga avrebbe l'effetto di equiparare, sotto determinate garanzie, un procedimento straniero ai procedimenti interni. La tesi facilmente si confuta richiamando l'indirizzo chiaramente positivista accolto dai due scrittori, nei lavori richiamati per giustificarla. Secondo il Quadri, infatti, è « priva di ogni fondamento positivo » la teoria secondo cui « il processo straniero sarebbe, entro una certa sfera, non meno esistente del processo nazionale » ⁽⁸⁾: di conseguenza « per l'ordinamento italiano non è giurisdizione l'attività giurisdizionale straniera, come per gli ordinamenti stranieri non è giurisdizione l'attività giurisdizionale italiana » ⁽⁹⁾. In quanto allo Sperduti, questo scrittore equipara l'accordo delle parti previsto da una norma sulla competenza giurisdizionale che collega una lite all'ordinamento italiano all'accordo previsto da una norma sulla competenza internazionale con cui le parti collegano la

può aversi un semplice *concorso di fatto*, in potenza o in atto, giuridicamente non valutabile ». Ciò conferma come i principi di cui agli artt. 2, 3, 4 C.p.c. 1942, anche se non espressamente enunciati, fossero desumibili dal sistema del C.p.c. 1865.

⁽⁶⁾ Un collegamento fra la possibilità di una deroga alla giurisdizione ed il carattere concorrente di questa, viene invece spesso affermato dai tribunali stranieri, il che costituisce la prova della diversa elaborazione propria di quei sistemi circa il problema della determinazione del potere giurisdizionale: in questo senso vedi, ad esempio, FRAGISTAS, *Griechische Rechtssprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts*, 1946-1953, p. 154. Si deve però avvertire che in questa materia occorre individuare con attenzione, precisando il valore dei termini usati, le figure utilizzate da tribunali e scrittori. Così ad esempio la tripartizione usata dal REZEL, *Internationales Privatrecht*, p. 131, che distingue fra giurisdizione esclusiva (*ausschliessliche*), giurisdizione non ammessa (*ausgeschlossene*) e giurisdizione parallela (*parallele*), si richiama sostanzialmente, se non nella terminologia, ai concetti utilizzati anche dalla dottrina italiana.

⁽⁷⁾ Così lo JACCARINO, *Il c.d. atto di deroga*, p. 58.

⁽⁸⁾ Vedi QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, pp. 93-94.

⁽⁹⁾ QUADRI, *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere*, p. 292.

lite a un sistema straniero; ma egli chiaramente distingue la volontà delle parti che così si manifesta dalla volontà che si esplica nell'atto di deroga e con cui le parti determinano l'inapplicabilità delle norme interne sulla competenza giurisdizionale ⁽¹⁰⁾.

In buona sostanza, quindi, la concezione si rifà ad una premessa rigorosamente positivista, da cui discende anche la precisa distinzione, effettuata dalla giurisprudenza italiana e dalla dottrina prevalente, fra la *ratio* della norma relativa alla deroga e la *ratio* della norma che disciplina il presupposto della competenza internazionale del giudice straniero ai fini della delibazione ⁽¹¹⁾.

Nel diritto italiano pertanto si individua la funzione dell'atto di deroga nella delimitazione dell'ambito del potere di giurisdizione, e si ritiene che in ciò si esaurisca la sua rilevanza: e taluno ne deduce che le valutazioni dell'atto poste nel sistema processuale cui le parti si sono richiamate non esercitino alcuna efficacia nel sistema derogato. Ma, come si è visto, l'esistenza di un tale nesso non viene solitamente rilevata dalla dottrina prevalente.

Si sostiene, infatti da parte di una dottrina assai diffusa ⁽¹²⁾ che solo alcuni scrittori configurino l'atto di deroga come un limite alla giurisdizione italiana ⁽¹³⁾, mentre altri scrittori con-

⁽¹⁰⁾ SPERDUTI, *Correlazione fra le norme sulla competenza giurisdizionale e le norme sulla competenza internazionale*, pp. 33-34. L'affermazione sopra riportata dallo Sperduti è d'altronde coerente con il rilievo di questo autore (*op. cit.*, p. 25), per cui le norme positive sulla competenza giurisdizionale « non si ispirano in eguale misura a principi razionali », bensì hanno « un contenuto determinato... dalla considerazione unilaterale di ciò che conviene allo stato italiano ».

⁽¹¹⁾ Sul punto vedi la chiara affermazione del MORELLI, *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 192.

⁽¹²⁾ La distinzione viene enunciata e ampiamente motivata dal BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, soprattutto a pp. 269-272. Il Betti prende in esame tre importanti decisioni della CASSAZIONE, rispettivamente in data 16-3-1925; 26-3-1926; 18-5-1927.

⁽¹³⁾ In questo senso vedi la vigorosa e singolare posizione dell'ANZILOTTI, in *Riv. dir. inter.*, 1906, p. 470 ss., a proposito della funzione di deroga alla

figurerebbero l'atto di deroga come un patto di rinuncia all'azione. Tale contrapposizione non persuade del tutto, proprio perchè nel pensiero degli scrittori secondo cui scopo della deroga sarebbe quello di porre un patto di rinuncia all'azione esiste un preciso legame fra la valutazione dell'accordo di deroga nel sistema richiamato e la sua rilevanza ai fini di delimitare la giurisdizione nazionale. Questo legame è chiaro nell'opera del Morelli che, come è noto, ritiene che l'accordo di deroga esprima una rinuncia preventiva all'azione ⁽¹⁴⁾.

Utilizzando in relazione all'atto di deroga la figura dell'equivalente giurisdizionale ⁽¹⁵⁾ e cioè concependo la deroga come un atto che tende, in via eccezionale, a risolvere mediante un provvedimento estraneo, che funziona appunto come un equivalente del processo nazionale, una controversia sottoposta alla giurisdizione italiana ⁽¹⁶⁾, il Morelli ha infatti chiarito come

giurisdizione nazionale propria del compromesso arbitrale. La concezione dell'atto di deroga quale limite al potere di giurisdizione si è naturalmente rafforzata dopo l'entrata in vigore della norma di cui all'art. 2 C.p.c. 1942: così da ultimo il LIEBMAN (*Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, p. 99) afferma che nel caso di deroga « viene meno il criterio di collegamento che avrebbe eventualmente assoggettato la causa alla giurisdizione italiana ».

⁽¹⁴⁾ Sono particolarmente indicative dello sviluppo del pensiero del MORELLI circa il problema generale della delimitazione dell'ambito della giurisdizione italiana: la prolusione patavina, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, il *Diritto processuale civile internazionale*¹, p. 212 ss. in cui esplicitamente si afferma che la concezione del Carnelutti su la equivalenza giurisdizionale può in linea di ipotesi venire accolta, ma contrasta con le norme positive italiane, ed infine il *Diritto processuale civile internazionale*², p. 177 ss., dove la tesi per cui l'equivalente giurisdizionale integra e completa un sistema processuale in cui il legislatore disciplina direttamente solo classi limitate di controversie, trova una più ampia giustificazione.

⁽¹⁵⁾ Sul concetto di « equivalente giurisdizionale » riferito al procedimento arbitrale o al processo straniero vedi CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, p. 154 ss., e MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², p. 177 ss. Altri autori usano invece il termine « sostitutivo »: così ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, vol. I, p. 37. Per una vivace critica della figura dell'equivalente processuale vedi CHECCHINI, *Sentenza straniera e giudizio di delibazione*, p. 177.

⁽¹⁶⁾ Il MORELLI ha sempre insistito sul valore eccezionale della deroga, e quindi sulla necessità che essa venga espressamente prevista: vedi ad es. lo scritto *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*, p. 133, ove si

l'atto di deroga abbia una efficacia preclusiva rispetto all'ordinamento italiano solo a condizione che esso possieda i requisiti di validità richiesti dal sistema cui sono riferite le parti. Sostanzialmente analoga è l'utilizzazione della figura dell'equivalente giurisdizionale da parte degli scrittori che, come il Carnelutti, concepiscono la giurisdizione italiana come illimitata, ed identiche sono le conclusioni che se ne deducono rispetto alla delimitazione del potere di giurisdizione. Per il Carnelutti l'equivalente processuale persegue infatti lo scopo, anche se non compiutamente raggiunto, di colmare le lacune di un sistema potenzialmente universale, in cui però i giudici hanno un potere concreto solo circa talune classi di controversie, determinabili quanto meno in base a ragioni di economia processuale⁽¹⁷⁾. Dato lo scopo tipico dell'atto di deroga sembra evidente — anche se il Carnelutti non approfondisce il punto — che esso contribuisca in maniera indiretta a determinare l'ambito dell'ordinamento italiano, ed assuma quindi una rilevanza solo a condizione che sia idoneo a dar vita ad un procedimento estraneo.

La tesi accolta non viene contraddetta dalla circostanza che il Carnelutti, così come d'altronde il Morelli, afferma che il problema della deroga non ha riferimento al potere giurisdizionale.

afferma essere « certo che se lo Stato considera rilevante per sè una data lite, considera cioè come suo interesse la composizione di una lite, non può ammettersi che l'attuazione di questo interesse pubblico rimanga paralizzata dall'attività privata diretta ad escludere che la composizione della lite rilevante per lo Stato abbia luogo ».

⁽¹⁷⁾ Vedi particolarmente CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, p. 155: « Un ordinamento processuale è capace di provvedere alla composizione di tutte le liti, qualunque ne siano i soggetti, l'oggetto e la causa... Peraltro vi sono conflitti e liti in particolare che interessano più, e altre che interessano meno lo Stato italiano », e p. 158: « Il riconoscimento della sentenza straniera presuppone che il conflitto sia di quelli che presentano minore rilevanza — non quindi irrilevanza — per lo Stato italiano ». Il presupposto della rilevanza della lite ai fini dell'attribuzione al giudice nazionale del potere di decidere era d'altronde già stato ampiamente analizzato dal CARNELUTTI: vedi in particolare *Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana* e soprattutto a p. 163: « in quella zona, sulla quale non si conferisce potere al giudice nostro, può esserci giurisdizione straniera, come può non esserci: è una zona indifferente ».

zionale dello Stato, ma bensì al potere di azione conferito alle parti nell'ambito del potere di giurisdizione ⁽¹⁸⁾. Perchè è ovvio che nel pensiero di quegli scrittori, per cui l'azione viene definita come il potere del singolo di richiedere agli organi dello Stato l'esercizio della funzione giurisdizionale, la giurisdizione non si attui concretamente se non quando il potere di azione venga esercitato. ⁽¹⁹⁾. La deroga impedisce quindi l'attuazione effettiva di un potere il quale ha bensì un carattere pubblicistico, ma la cui estrinsecazione è pur sempre condizionata ad una iniziativa del privato.

Si sposta così sul piano dell'esercizio concreto della funzione giurisdizionale quel problema di limite che non viene posto sul piano dell'ambito virtuale della funzione medesima ⁽²⁰⁾. Pertanto nella dottrina italiana non si è mai sostanzialmente ne-

⁽¹⁸⁾ In questo senso vedi CARNELUTTI, *Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, e MORELLI, *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*. Il MORELLI ha poi sempre ribadito il medesimo principio: vedi da ultimo *Diritto processuale civile internazionale*², p. 186: « Il patto di deroga agisce in maniera uniforme rispetto ad entrambe le parti, togliendo ad entrambe l'azione, ovvero togliendo l'azione a quella delle parti a cui l'azione sarebbe altrimenti accordata ».

⁽¹⁹⁾ Sulla posizione del MORELLI circa la funzione del potere di azione in generale vedi *op. ult. cit.*, p. 17. Circa il rilievo che l'atto di autonomia della parte esplica ai fini di impedire l'esercizio concreto del potere di giurisdizione vedi CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, p. 378: « La giurisdizione del giudice di Stato nasce invece indipendentemente da un atto di parte, nel quale può trovare soltanto una condizione che la paralizza o almeno tende a paralizzarla, dal che discende che il potere di azione si può esercitare in quanto non operi quella condizione negativa ». Anche a questo proposito però non è stato sviluppato l'argomento che poteva trarsi dall'art. 3 C.p.c. 1942, e ciò forse per la convinzione che nella norma si enunci espressamente un principio già valido nel sistema precedente, anche se non posto direttamente. Certo si è che per l'art. 3 C.p.c. l'esercizio di un'azione innanzi ad un organo giurisdizionale italiano impedisce ogni rilievo giuridico, anche se indiretto, all'esercizio di un'azione circa la medesima lite innanzi ad un giudice straniero: ed impedisce pertanto che possa utilmente esperirsi un'azione innanzi a un giudice o ad un arbitro straniero anche se esistono i presupposti richiesti all'art. 2 C.p.c.

⁽²⁰⁾ Circa la configurazione del potere di azione come un'iniziativa che condiziona « l'esercizio concreto della giurisdizione », vedi da ultimo MICHELI, *Giurisdizione e azione*, e *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, p. 12.

gata la rilevanza dell'atto di deroga nei confronti della determinazione del potere giurisdizionale.

Rimane infine da mettere in rilievo come le concezioni accolte circa la natura del processo non esercitino alcun influsso sulla rilevanza dell'atto di deroga, ma solamente sulla possibilità, attribuita alle parti in maniera maggiore o minore, di avvalersi del potere relativo. Ed infatti una concezione privatistica della giurisdizione porta ad attribuire ai soggetti del processo il potere di richiamare un procedimento estraneo in tutti i casi in cui non sussista una riserva di giurisdizione; mentre una concezione pubblicistica necessariamente induce ad ammettere la possibilità di una deroga nel solo caso in cui una norma la preveda espressamente ⁽²¹⁾: principio questo che viene enunciato con ogni chiarezza e portato ad ogni conseguenza nella giurisprudenza italiana. Anche sotto questo profilo, quindi, le premesse generali accolte hanno determinato l'interpretazione delle norme positive.

Ciò chiarito, occorre precisare in quale modo la valutazione dell'atto di deroga secondo il sistema processuale richiamato ab-

⁽²¹⁾ La tesi contraria viene sostenuta dallo JACCARINO, *Il c.d. atto di deroga*, p. 32, per il quale autore l'eccezione di deroga attiene non ad una carenza di giurisdizione, ma ad una improcedibilità del processo, e secondo cui la concezione privatistica del processo comporta che si consideri illimitato l'ambito della giurisdizione. In realtà invece il processo concepito come un mezzo per la tutela di interessi privati può attuare in linea logica sia la tutela di qualsiasi interesse, come la tutela di classi ben precisate di interessi, così come è coerente ammettere in ambedue le ipotesi che il singolo possa sempre rinunciare ad avvalersi della tutela stessa (e su questo punto nulla rimane da aggiungere alla dimostrazione data dal CARNELUTTI, *Clausole di rinuncia*, pp. 160-161, per cui « basta concedere un poco all'indirizzo privatistico della teoria processuale per vedersi spianata la strada al riconoscimento » delle clausole di deroga). Accogliendo la concezione circa la funzione pubblicistica del processo, si deve invece ammettere che interessi allo Stato la composizione di tutte quelle controversie che in qualche modo si collegano con la vita della società statale, si ritenga o meno di determinare preventivamente tali classi. Per le medesime ragioni non sembra esatta neppure l'affermazione successiva dello JACCARINO, per cui (*op. cit.*, pagina 43) « respinta la concezione privatistica circa la giurisdizione, e quella della "disponibilità" delle norme relative, ne consegue il venir meno della funzione "derogativa" delle manifestazioni private in esame ».

bia rilevanza al fine di escludere il potere di giurisdizione del giudice italiano. Ma prima di compiere l'indagine sembra opportuno esaminare da quale momento ed in quali casi le norme positive italiane abbiano ammesso un potere di deroga delle parti.

25. Una possibilità di derogare alla giurisdizione nazionale non venne prevista in modo espresso nell'ordinamento italiano da disposizioni ad efficacia generale se non con l'art. 2 C.p.c. 1942⁽²²⁾, mentre era stata ammessa già precedentemente in un campo particolare, rispetto alla materia e rispetto alle persone, e cioè per l'arbitrato in materia commerciale nell'ordinamento degli Stati aderenti al Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 approvato con legge 8 maggio 1927 n. 783 e relativo alle clausole arbitrali⁽²³⁾: il quale testo venne integrato dalla Convenzione per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, firmata a Ginevra il 26 settembre 1927, ed approvata con legge 18 luglio 1930 n. 1244. Il Protocollo del 1923 esercitò un deciso influsso sul sistema italiano, nonostante gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza e da buona parte della dottrina per ridurne la portata e gli effetti⁽²⁴⁾.

(22) Secondo l'art. 2 C.p.c. 1942 « la giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, nè di arbitri che pronuncino all'estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente nè domiciliato nello Stato, e la deroga risulti da atto scritto ».

(23) Nel Protocollo si riconosce all'art. 1 la validità del compromesso e della clausola compromissoria attraverso ai quali le parti sottoposte alla giurisdizione degli Stati contraenti deferiscano a un giudizio arbitrale estero la decisione di controversie che rientrerebbero nei limiti della giurisdizione nazionale. Per una elencazione degli Stati aderenti al Protocollo, vedi CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, p. 383.

(24) È interessante notare come la giurisprudenza italiana si sia sempre sforzata di ridurre l'efficacia del Protocollo, sostenendo, prima del 1942, che il Protocollo arrecasse al sistema italiano una deroga parziale, nei limiti necessari per non venir meno agli impegni internazionali assunti e quindi dovesse venire interpretato in senso restrittivo (vedi CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 13-3-1931, e su

Nel diritto anteriore al 1942 vennero sostenute, relativamente all'efficacia di un accordo di deroga al sistema italiano⁽²⁵⁾ varie tesi. Secondo una teoria più restrittiva, affermata vigorosamente dal Morelli⁽²⁶⁾, la possibilità di una rinuncia preventiva alla giurisdizione italiana doveva essere negata in via generale, mentre veniva ammessa eccezionalmente nel sistema particolare degli accordi di Ginevra: si doveva quindi escludere, secondo il diritto comune, la validità di una clausola compromissoria per arbitrato estero, e si doveva ammettere solo la validità di una deroga per compromesso. Una tesi meno restrittiva ammetteva invece in via generale sia la validità del compromesso, sia della clausola compromissoria in favore di un arbitrato estero con talune e ben precisate eccezioni⁽²⁷⁾, negando comunque

di essa la nota del SERENI, *Sulla validità e gli effetti della clausola compromissoria per arbitrato estero*; e successivamente al 1942 mettendo in rilievo il carattere di diritto speciale dei principi inseriti nel sistema italiano mediante il Protocollo (vedi CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 3-5-1954).

(25) In questo studio il termine « deroga », utilizzato nell'art. 2 C.p.c. vigente, viene usato sia con riferimento al sistema dello stesso codice, sia con riferimento al sistema anteriore. È però opportuno rilevare che nel sistema del codice del 1865 veniva usato più abitualmente il termine « proroga » anziché il termine « deroga » per indicare « il passaggio, operato per accordo delle parti, del potere giurisdizione da chi ne è investito per legge ad altre persone che ne sono prive » (sul punto vedi la limpida esposizione del MENESTRINA, *Proroga di giurisdizione e di competenza*, alla quale rimando per notazioni bibliografiche italiane e tedesche). Di proroga si parlava anche a proposito di competenza, indicando con questo termine l'accordo delle parti che modificasse « quella che al legislatore era parsa in via generale un'equa ripartizione delle cause fra i tribunali ». Nel sistema del codice 1942 si individuano due figure distinte, una della proroga della competenza dei singoli giudici ed una della deroga alla giurisdizione nazionale (vedi CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile*, p. 57 e p. 143). Del tutto isolata una affermazione della CASSAZIONE nella sentenza 21-10-1961, per cui proroga significherebbe attribuzione di competenza concorrente al giudice straniero.

(26) MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*¹, p. 232, e *Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero*. Un'analoga tesi restrittiva venne accolta dal CARNELUTTI, *Clausole di rinuncia alla giurisdizione*, e dal CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, vol. II, p. 41 e sostanzialmente viene, *a posteriori*, difesa dall'ANDRIOLI, *Commento*, vol. I, pp. 6-7.

(27) In questo senso vedi soprattutto PERASSI, *Nota* alla sentenza della Cassazione 15-3-1927, in base all'argomento che il principio ammesso nel Protocollo di Ginevra non potrebbe non operare in via analogica anche al di fuori dei casi espressamente compresi nell'ambito di efficacia del Protocollo. Una tesi solo in

la possibilità di una deroga a favore di un tribunale statale straniero; mentre una tesi più ampia veniva accolta dagli scrittori che affermavano la validità del patto preventivo di rinuncia alla giurisdizione nazionale, sia a favore di un arbitrato estero, sia a favore di una giurisdizione straniera nelle materie non di competenza esclusiva, argomentando dal principio della derogabilità delle norme sulla competenza territoriale⁽²⁸⁾. Infine altri scrittori sostenevano l'ammissibilità del patto di rinuncia alla giurisdizione italiana in tutti i casi di competenza concorrente⁽²⁹⁾, ricorrendo talora ad argomenti che si deducevano dal principio posto nell'art. 69 del Codice di procedura del 1865.

In quanto alla giurisprudenza essa era in linea di massima contraria ad ammettere la possibilità di un patto di rinuncia pre-

apparenza affine venne avanzata dal BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*; al quale lavoro rimando per una informatissima nota giurisprudenziale e dottrinale. Questo autore ritiene bensì che in materia arbitrale « il criterio di massima, una volta affermato, possiede una virtù di coerenza e di espansione logica, tale da importare uniformità di trattamento nei riguardi degli stranieri » (*op. cit.*, p. 292), ma afferma, in linea generale, la invalidità della deroga nel caso di giurisdizione italiana esclusiva, e la validità nell'ipotesi di giurisdizione concorrente, limitando così in modo essenziale la tesi accolta dal Perassi.

(²⁸) Così l'ANZILOTTI, *Nota in Riv. dir. inter.* 1918, p. 287 ss., per il quale scrittore non appare infondato affermare che le norme di cui agli artt. 105-106 siano derogabili « al pari di quelle che regolano la competenza territoriale », e il BALLADORE PALLIERI, *A proposito di proroga della competenza interna ed internazionale*, che ritiene possibile la deroga per tutte le materie di competenza non esclusiva, in quanto ammessa la possibilità delle parti di derogare alla competenza interna « considerazioni del tutto analoghe possono ripetersi per spiegare la libertà di scelta loro riconosciuta, in certi casi, per la competenza internazionale ».

(²⁹) Così il GHIRARDINI, *Nota*, per il quale autore non si ha, nel caso di competenza concorrente, deroga alcuna « perchè manca proprio la norma derogata, visto che la legge lascia il privato libero di provocare per il giudizio logico l'attività giurisdizionale di quello Stato che crede ». Di deroga in senso proprio potrebbe quindi parlarsi solo nel caso in cui si affermi la competenza giurisdizionale esclusiva dei giudici italiani, o nel caso opposto in cui il potere dei giudici italiani venga escluso: ed in questi casi l'accordo non ha ha per il Ghirardini, che scriveva nel vigore del C.p.c. 1865, alcuna efficacia. Come si è visto, alla tesi del Ghirardini ha aderito sostanzialmente il Betti: e non sarebbe difficile ricostruire la ragione logica e le origini culturali di tale sua posizione. Diversi invece i presupposti da cui muovono, pur nell'affinità dei risultati, l'Anzilotti e il Ballardore Pallieri.

ventiva alla giurisdizione italiana, e ciò soprattutto in base all'argomento che mancava una norma che prevedesse tale rinuncia. La tendenza si manifestò attraverso una ricca casistica: si ricordano qui, come particolarmente interessanti, i provvedimenti in cui si negava la possibilità di richiamare un procedimento statale o arbitrale estraneo per il giudizio circa le controversie nascenti da un contratto che si fosse simulato di stipulare all'estero, e quelli in cui, antecedentemente alla legge di esecuzione del Protocollo di Ginevra, i tribunali italiani negavano la possibilità di un accordo di deroga al potere giurisdizionale italiano in favore di un tribunale arbitrale straniero, in quanto una deroga avrebbe potuto avvenire solo colle forme e nei modi stabiliti dalla legge italiana, la quale prevede che gli arbitrati si svolgano in Italia ⁽³⁰⁾. Successivamente al 1927 invece la giurisprudenza italiana, almeno in linea generale, si mostrò propensa ad ammettere anche nei confronti dei cittadini di Stati che non avessero sottoscritto il Protocollo del 1923 la possibilità di derogare alla giurisdizione italiana mediante una clausola arbitrale a favore di un arbitrato estero, estendendo per analogia l'applicazione del principio sancito nel Protocollo: ma non mancarono anche in questo campo le note restrittive ⁽³¹⁾. La distinzione formulata dalla giurisprudenza fra accordo di rinuncia alla giurisdizione italiana e accordo di deroga a favore di un arbitrato

⁽³⁰⁾ Ha infatti escluso la validità di un compromesso per arbitrato estero relativo ad un contratto che simulatamente appariva stipulato all'estero CASSAZIONE, 26-5-1929. Sulla sentenza vedi la nota dubitativa del Bosco, *L'art. 58 cod. comm. e la volontà delle parti*. In senso più liberale vedi invece CASSAZIONE, 18-5-1927.

Particolarmente significativa fra i provvedimenti che escludono l'ammissibilità dell'arbitrato estero in base all'argomento che l'arbitrato doveva svolgersi al di fuori del territorio italiano la sentenza della CASSAZIONE TORINO, 9-9-1914, pubblicata in massima con nota del CASATI, cui rimando per citazioni dottrinali e giurisprudenziali.

⁽³¹⁾ Per l'affermazione generale che una deroga alla giurisdizione ordinaria dovesse ammettersi, nel vigore del Codice di procedura del 1865, nei soli casi previsti dalla legge, vedi CASSAZIONE, 20-1-1939.

estero si riflette nella terminologia usata, che tende ad esprimere le diverse conseguenze delle due ipotesi ⁽³²⁾.

La distinzione fra i due tipi di accordo ha permesso di delineare la figura dell'arbitrato estero, che non si deve confondere con l'arbitrato che si svolge all'estero: quest'ultimo può infatti venire considerato in taluni casi quale arbitrato italiano, mentre un arbitrato che si svolge in Italia può venire considerato quale arbitrato estero ⁽³³⁾. Precisazione essenziale in quanto contribuisce a delineare una delle specie che rientrano nel *genus* del procedimento estraneo, il quale non ha alcun legame col sistema processuale italiano — anche se eccezionalmente esso possa svolgersi in Italia — e che può avere sia un carattere arbitrale che un carattere giurisdizionale. Pertanto il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato estero, comprendendo nella espressione gli arbitrati resi da organi permanenti estranei al sistema derogato ⁽³⁴⁾, esplicano una identica

⁽³²⁾ Ed infatti alludendo al patto di rinuncia alla giurisdizione nazionale, si parla solitamente di insufficienza (così da ultimo CASSAZIONE, 8-3-1930), mentre a proposito di una deroga nei casi non previsti si parla di inammissibilità (così CASSAZIONE, 26-3-1926).

⁽³³⁾ Sulla figura dell'arbitrato estero, vedi soprattutto MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², pp. 174-175; MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, p. 203 ss.; VASETTI, *Arbitrato estero*; MARMO, *Arbitrato (Diritto internazionale privato)*, p. 967, e da ultimo RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, a cui rimando per una completa bibliografia e per una difesa della tesi, qui combattuta, per la quale l'estraneità dell'arbitrato viene data, nel diritto italiano, dall'emissione del lodo in territorio straniero. Un forte argomento per respingere quest'ultima tesi è ora offerto dall'art. 1 della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere, dove si ritengono tali non solo quelle rese « sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées », ma anche quelle rese nel territorio dello Stato, ma non considerate nazionali dall'ordinamento. Del resto la Convenzione di New York ha accolto decisamente all'art. 15 il criterio della volontà delle parti per la disciplina del compromesso, tutte le volte che una volontà sia individuabile.

⁽³⁴⁾ La Convenzione di New York del 1958 ha, come è noto, equiparato espressamente la sentenza resa da un organo arbitrale permanente alla sentenza arbitrale pronunciata nel territorio di uno Stato straniero. Giustamente però venne osservato che la norma di cui al comma 2° dell'art. 1 della Convenzione è del tutto superflua, potendosi dedurre dai principi generali dell'istituto (SANDERS, *Ia Convention de New York*, p. 300).

funzione di deroga alla giurisdizione nazionale ⁽³⁵⁾. Quest'affermazione, a sua volta, presuppone che si accetti una tesi giurisdizionalistica circa la natura dell'arbitrato, per cui il lodo estero viene equiparato alla sentenza statutale straniera: tesi questa che venne accolta dalla nostra giurisprudenza prima e dopo il 1942, e sostanzialmente si desume dalla legislazione vigente ⁽³⁶⁾. La giurisprudenza italiana infatti, non è stata mai propensa ad accogliere la tesi privatistica circa l'arbitrato, la quale avrebbe invece portato a valutare nell'identico modo gli arbitrati nazionali e gli arbitrati stranieri, riconducendoli sotto la disciplina del diritto privato. In questo vi è un deciso distacco dalla dottrina, in cui la tesi privatistica ha avuto, come è noto, caldi e autorevoli consensi.

Riassumendo, nel sistema processuale anteriore al Codice del 1942 si era affermata, lentamente e con notevoli contrasti ed attraverso l'inserimento nel diritto processuale comune di principi dedotti da norme ad efficacia particolare di origine convenzionale, la tesi anche senza una espressa previsione legislativa la giurisdizione italiana potesse venire derogata dalle parti a favore di un procedimento estraneo in tutte le materie in cui non esisteva una precisa riserva o, attraverso una interpretazione più ristretta, nelle materie in cui la determinazione della competenza territoriale fosse derogabile. Mentre però la giurisprudenza aveva generalmente limitato l'efficacia del principio al campo arbitrale, parte della dottrina aveva sostenuto che esso dovesse

⁽³⁵⁾ La soluzione contraria viene invece accolta dalla giurisprudenza italiana prevalente (per le citazioni vedi SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, p. 12), a proposito dell'accordo di deroga in favore di un arbitrato nazionale. L'eccezione mossa in base al compromesso innanzi al giudice ordinario si configurerebbe come una eccezione di improponibilità o di improcedibilità (BIAMONTI, *Arbitrato*, p. 925) e porterebbe ad una declaratoria di incompetenza di quest'ultimo, e non ad una declaratoria di difetto di giurisdizione, come invece accade nell'ipotesi di compromesso per arbitrato estero. Anche sotto questo profilo si rivela quindi la diversa disciplina e la diversa configurazione data nel sistema italiano all'arbitrato nazionale ed all'arbitrato estero.

⁽³⁶⁾ Sul punto, e circa le varie tesi accolte relativamente alla natura dell'arbitrato, vedi MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, pp. 203-206.

venire esteso all'accordo a favore di una giurisdizione straniera. Venne in tale modo preparato il cammino seguito dal legislatore del 1942, che pose la norma esplicita che mancava nel sistema precedente. In questa strada però il legislatore procedette con estrema cautela, in quanto la facoltà di una deroga venne ammessa sotto condizioni rigorose ed in ipotesi quanto mai limitate, che non possono venire estese dall'interprete, come generalmente si riconosce ⁽³⁷⁾.

26. A questo punto sembra opportuno esaminare i dati offerti dai lavori preparatori e relativi alle altre norme poste nel Codice civile e nel Codice di procedura civile del 1942 che interessano questa indagine: essi sono gli artt. 3 e 4 del Codice di procedura, e l'art. 27 delle Preleggi.

L'art. 3 Cod. proc. ⁽³⁸⁾ accoglie un principio introdotto nel progetto definitivo Solmi e non contemplato nel Progetto preliminare. Il Guardasigilli giustificò l'innovazione affermando la necessità di sancire in una norma apposita il principio generalmente ammesso della irrilevanza rispetto alla giurisdizione italiana del fatto che sia in corso innanzi ad un tribunale stra-

⁽³⁷⁾ Circa il carattere di stretto diritto della norma di cui all'art. 2 C.p.c., il quale ripete quasi integralmente l'art. 95 del Progetto definitivo Solmi, vedi, anche per i riferimenti dottrinali, MORELLI, *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 191, testo e nota 2.

In giurisprudenza il principio è stato sempre riaffermato, chiarendosi come l'eccezione posta dal legislatore coll'art. 2 C.p.c. non debba in alcun modo venire interpretata estesivamente: così la Cassazione ha escluso che un'efficacia preclusiva possa ricollegarsi all'accettazione volontaria avvenuta in via preventiva della giurisdizione straniera, nei casi di giurisdizione alternativa o concorrente.

⁽³⁸⁾ Il principio formulato nell'art. 3 C.p.c. era d'altronde già stato enunciato, se pure in via indiretta, nell'art. 1 nr. 7 R.D. 20-7-1919 nr. 1272 (Modificazioni dell'art. 941 C.p.c.), convertito nella legge 28-5-1925 nr. 823, che poneva quale condizione per il riconoscimento di una sentenza straniera « che non si trovi pendente avanti l'autorità giudiziaria italiana una lite per il medesimo oggetto o fra le stesse parti nel tempo in cui è notificata la domanda per l'esecuzione ». Sulla norma vedi, per una interpretazione analoga a quanto viene qui sostenuto, QUADRI, *Volontà delle parti...*, p. 102.

niero una causa circa la medesima controversia o una controversia connessa ⁽³⁹⁾.

Rispetto all'argomento che qui interessa l'art. 3 C.p.c. esercita una funzione fondamentale. Esso chiarisce in maniera definitiva come il semplice fatto che sia stata preventivamente adita una autorità giurisdizionale straniera o comunque estranea non permetta di muovere innanzi ad un tribunale italiano successivamente adito l'eccezione di carenza di giurisdizione, che può venire mossa solo qualora, precedentemente all'inizio della causa innanzi al tribunale estraneo, le parti abbiano, in forma scritta, assunto l'obbligo di deferire ad esso la controversia. Si riconfermava quindi ancora una volta il carattere del tutto eccezionale da attribuirsi al principio della deroga, e la distinzione — sempre ammessa dalla nostra giurisprudenza, in questa materia — fra rinuncia esplicita e non uso ⁽⁴⁰⁾, e si rinforzava con un argomento testuale la tesi che respingeva la figura della giurisdizione concorrente.

Si poneva così l'accento sul concetto della sovranità e della autorità dello Stato nel momento in cui esso attua la funzione giurisdizionale, attribuendosi nel medesimo tempo un deciso rilievo all'esercizio della giurisdizione da parte dei privati al fine di determinare l'ambito di potere dei giudici italiani.

Con l'art. 4 del Codice il legislatore ha inteso porre un insieme di principi atti a regolare l'ambito della giurisdizione italiana, il cui sistema si distingue da quello relativo alla delimitazione della competenza territoriale dei singoli giudici: ed è facile dedurre come l'esplicita enunciazione si collegasse ai medesimi principi generali da cui discendeva l'art. 3. Si ebbe così un argomento favorevole alla tesi, autorevolmente sostenuta

⁽³⁹⁾ Sul punto vedi NAPPI, *Commentario al C.p.c.*, vol. I, p. 52.

⁽⁴⁰⁾ In questo senso vedi CASSAZIONE ROMA, 10-6-1920 su cui vedi la nota dell'OTTOLENGHI, *Nullità della rinuncia di fronte agli stranieri di adire l'autorità giudiziaria italiana*. La medesima differenza è presupposta nella decisione della CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 18-9-1959.

vigente il Codice di procedura del 1865, per cui il sistema di norme sulla giurisdizione non potrebbe venire integrato e neppure interpretato in base al sistema di norme relativo alla competenza interna ⁽⁴¹⁾. La norma venne introdotta in seguito alla violenta e quasi unanime reazione della dottrina contro l'art. 104 del Progetto preliminare Solmi, in cui l'ambito della giurisdizione veniva in linea di massima definito richiamando le norme sulla competenza interna per territorio, salvo statuizioni particolari ⁽⁴²⁾. Venne così formulato l'art. 93 del Progetto definitivo, il cui testo era quasi identico all'art. 4 del Codice vigente.

Ed infine l'art. 27 delle Preleggi si presenta assai semplificato rispetto al testo dell'art. 10 delle disp. prel. del 1865, in quanto venne escluso il comma che sottoponeva i mezzi di prova alla *lex loci actus*, e questo perchè nei lavori preparatori si era affermato il principio per cui la legge che regola la forma di un atto deve regolarne anche la prova ⁽⁴³⁾. Circa il principio gene-

⁽⁴¹⁾ In questo senso vedi per tutti MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², p. 99 ss.; e, in linea di massima e con qualche eccezione, MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti di giurisdizione e di competenza per territorio nel diritto processuale civile internazionale*, partic. a p. 258 ss.; ed inoltre, almeno mi sembra, ANDRIOLI, *Commento al C.P.C.*, vol. I, p. 28 ss. Ha chiarito ora le riserve già accennate da questi autori assumendo una posizione nettamente favorevole ad una integrazione dei due sistemi di norme, il GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, p. 16: « La preoccupazione di tenere rigorosamente distinto il problema della giurisdizione da quello della competenza interna... non pare infatti possa essere spinta fino al punto da pretendere che non debba tenersi conto alcuno delle norme sulla competenza interna ». Sulla indipendenza delle figure della giurisdizione e della competenza per territorio presentano ancora vivo interesse le osservazioni del PAGENSTECHEK, *Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen*.

⁽⁴²⁾ Sulle critiche mosse all'art. 104 del Progetto preliminare Solmi, vedi le citazioni in NAPPI, *Commentario al C.P.C.*, p. 57 ss. Sfuggì però quasi generalmente ai critici il legame di interdipendenza assoluta che esiste fra il sistema di norme sulla competenza per territorio e il sistema di norme sulla giurisdizione in taluni ordinamenti stranieri, in particolare nell'ordinamento tedesco: sul punto vedi per tutti RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 219.

⁽⁴³⁾ Vedi PANDOLFELLI ed altri, *Codice civile commentato*, vol. I, p. 45, ove si riporta l'affermazione contenuta nella Relazione della Commissione Reale, per cui « la materia delle prove — escluso beninteso, il modo di svolgimento che, ripetesi, è questione di procedura — riguarda la sostanza del diritto ed è inseparabile da questa ».

rale accolto nell'art. 27 mancano invece del tutto nei lavori preparatori argomenti che possano chiarirne la genesi e la portata.

La dottrina unanime attribuisce alla norma di cui allo art. 27 delle Preleggi il valore di una riaffermazione indiretta del principio impropriamente detto della territorialità del processo: principio che discende da una concezione positivista del diritto, e che è alla base della ricostruzione del sistema del diritto processuale civile internazionale formulata dalla dottrina italiana prevalente.

Così configurato, il principio della territorialità del processo appare sia stato coscientemente accolto dal legislatore italiano del 1942 ed abbia ispirato le innovazioni del Codice. Ad esso si richiama sia la delimitazione legislativa dell'ambito della giurisdizione italiana, sia la configurazione della deroga come un limite eccezionale a favore di un processo estraneo, sia infine la irrilevanza rispetto alla giurisdizione italiana del fatto che circa la medesima controversia penda un processo innanzi ad un tribunale straniero. Si spiega così come la dottrina abbia posto in luce quasi unicamente lo scopo preclusivo dell'accordo di deroga, escludendo pertanto che la valutazione circa i requisiti dell'accordo proprio del sistema richiamato dalle parti possa avere un qualsiasi rilievo rispetto alla norma italiana che prevede la possibilità di un riferimento.

CONSIDERAZIONI SULLA NORMA CHE PREVEDE LA DEROGA
E SULLA DISCIPLINA CHE ESSA ATTUA

SOMMARIO: 27. Impostazione del problema della valutazione dei requisiti dell'accordo di deroga ad opera della dottrina e della giurisprudenza italiana. — 28. L'art. 2 Cod. proc. 1942, il suo significato nell'evoluzione del sistema italiano e la sua interpretazione da parte della dottrina positivista. — 29. Le posizioni del Morelli e del Giuliano. Come questi scrittori giungano a diverse soluzioni partendo da premesse analoghe. — 30. Necessità di accertare l'esistenza dei requisiti sostanziali dell'accordo di deroga sia secondo il sistema derogato, sia secondo il sistema cui le parti hanno fatto riferimento. Sul nesso di pregiudizialità che intercorre fra i due giudizi. — 31. Il problema di una autonoma disciplina della clausola per arbitrato estero: ragioni della soluzione negativa. — 32. La disciplina dei requisiti formali dell'accordo di deroga. Applicabilità dell'art. 26 delle Preleggi. Il requisito della scrittura di cui all'art. 2 Cod. proc. Le clausole previste agli artt. 1341 e 1342 C.c. — 33. La disciplina della capacità delle parti e della loro legittimazione sostanziale e processuale. Applicazione all'accordo di deroga del principio *tempus regit actum*. — 34. Particolari aspetti del problema della disciplina della deroga nel caso di convenzioni in materia arbitrale tendenti ad introdurre un sistema uniforme. — 35. Il sistema del Protocollo e della Convenzione di Ginevra e le sue caratteristiche. — 36. Il sistema della Convenzione di New York, e la sua sostanziale novità. Cenni sulle tendenze manifestatesi nei lavori dell'*Institut de droit international*.

27. Mancando quasi completamente argomenti esegetici che possano venire utilizzati per risolvere il problema dei rapporti fra la valutazione dell'atto di deroga secondo il sistema italiano e secondo il sistema estraneo cui le parti si sono riferite, si comprende agevolmente come la dottrina abbia impostato e risolto il problema in base ad argomenti di carattere sistematico, rifacendosi alle concezioni generali accolte circa il potere di giurisdizione.

Lo scrittore che a questa materia ha dato il contributo più ampio e significativo, il Morelli, assume quale premessa l'affer-

mazione che la funzione processuale presenta un legame diretto con la sovranità dello Stato, e ne deduce che la soluzione delle controversie che presentino un rilievo per l'ordinamento statale deve avvenire o con un provvedimento nazionale o con un « equivalente » di esso. Per aversi un « equivalente » l'atto di deroga deve essere idoneo, come già si è ricordato, a dare vita ad un procedimento estraneo: si ha così una correlazione fra il processo nazionale e l'atto che conclude il processo straniero di tipo giurisdizionale o arbitrale, in quanto nell'ordinamento italiano si assume la possibilità che il procedimento straniero si concluda con un atto che definisca la lite a presupposto al quale si subordina l'attribuzione all'atto di deroga di una efficacia preclusiva dalla giurisdizione italiana ⁽¹⁾.

Entra in gioco a questo punto il principio della territorialità della legge processuale, il quale trova una parziale affermazione nell'art. 27 disp. prel. La dottrina prevalente chiarisce che si tratta di una norma di diritto internazionale privato solo in senso negativo, in quanto si riferisce ai processi italiani e non a quelli stranieri, se non nel senso che tutte le volte che occorra tener conto di atti processuali stranieri è appunto in base alla legge processuale straniera che deve decidersi della loro validità e della loro regolarità ⁽²⁾: essa comunque va intesa in senso estensivo, come riferentesi a tutto il sistema processuale, e quindi anche agli atti che precedono e condizionano il processo ⁽³⁾.

La validità del compromesso trova pertanto una duplice valutazione. In base al diritto italiano si deciderà se il compromesso possieda i requisiti richiesti per derogare validamente alla giurisdizione nazionale: in base al sistema cui si sono richiamate le parti si giudicherà se il compromesso sia idoneo ad instaurare un valido processo ⁽⁴⁾. Senonchè il nesso di pregiudizialità, che

⁽¹⁾ Così MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², p. 182.

⁽²⁾ *Op. cit.*, p. 15.

⁽³⁾ *Op. cit.*, p. 14.

⁽⁴⁾ Vedi sul punto MORELLI, *Requisiti formali della clausola compromissoria secondo il Protocollo di Ginevra*. Sul problema della disciplina dei requisiti del-

sembrerebbe configurarsi fra i due giudizi, non è posto espressamente in rilievo dal Morelli, che considera invece l'idoneità dell'accordo ad instaurare un valido processo straniero come un mero presupposto di fatto dell'efficacia della deroga.

28. Se le premesse fondamentali della soluzione del problema sono comuni sia al sistema precedente al 1942 sia a quello successivo, del tutto diverso è invece, come si è visto, il procedimento tecnico attraverso cui la dottrina che fa capo al Morelli è giunta alla soluzione del problema medesimo; e ciò in quanto solo nel Codice di procedura del 1942 la possibilità di una deroga, e l'ambito d'efficacia di essa, vengono previsti da una norma il cui potere di autonomia delle parti trova una precisa disciplina.

Nel diritto anteriore al 1942, in cui il Morelli riconosceva l'ammissibilità di una rinuncia preventiva alla giurisdizione solamente nell'ambito del diritto particolare d'origine convenzionale in materia d'arbitrato, la correlazione fra l'effetto preclusivo dell'atto di deroga e l'effetto positivo di esso vennero invece desunte da questo scrittore e dalla dottrina che da lui discende attraverso un'interpretazione della volontà delle parti, la quale si esprime appunto nel compromesso ⁽⁵⁾; mentre scarso rilievo venne dato agli argomenti che si potevano dedurre dall'art. 941, nella formulazione modificata dal D.L. 20 luglio 1919 del Codice di procedura civile ⁽⁶⁾.

l'atto di deroga, vedi, in senso affine al Morelli, BARILE, *Sulla legge regolatrice di un atto di deroga alla giurisdizione*, GIULIANO, *Ancora sulla validità di deroghe alla giurisdizione italiana formulate in polizze di carico*, e DURANTE, *Sulla legge regolatrice della forma del compromesso e della clausola compromissoria*.

⁽⁵⁾ Vedi MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*¹, p. 232, per cui « appare ragionevole presumere che le parti abbiano inteso rinunciare all'azione solo in quanto lo scopo principale da esse voluto sia raggiungibile », e *Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero*, p. 151.

⁽⁶⁾ Per l'art. 941 C.p.c., secondo il testo modificato nel 1919, le sentenze arbitrali straniere potevano ottenere il riconoscimento in Italia purchè avessero il va-

È interessante a questo punto notare come il Morelli, che pur aveva affermato che la possibilità di derogare alla giurisdizione italiana si verifica solo in un sistema particolare, abbia analizzato il problema della disciplina dell'accordo di deroga in via generale. Indubbiamente nel pensiero del Morelli il sistema del Protocollo di Ginevra del 1923, pur avendo un carattere di specialità, esprimeva, nella disciplina accolta circa il patto di rinuncia all'azione per un procedimento estraneo, un principio che si ricollegava a presupposti di carattere generale, e poteva quindi venire utilizzato nell'interpretazione del diritto comune ⁽⁷⁾.

Nel sistema del Codice di procedura del 1942 al medesimo risultato il Morelli giunse attraverso una interpretazione del testo dell'art. 2, dando cioè il più grande rilievo all'espressione « a favore di una giurisdizione straniera » ivi contenuta. Ma tale argomento interpretativo solo a prima vista può apparire di natura esclusivamente letterale: esso si ricollega invece all'accoglimento di taluni principi generalissimi, dai quali si desume insieme e l'impossibilità di una rinuncia alla giurisdizione italiana nei casi in cui lo Stato considera rilevante la compo-

lore e l'efficacia delle sentenze dell'autorità giudiziaria secondo la legislazione del luogo in cui era stato pronunciato il lodo. Dalla norma si sarebbe probabilmente potuta dedurre l'affermazione del principio per cui la validità della clausola arbitrale veniva regolata dal sistema statale a cui si ricollegava il lodo: e nel campo arbitrale si potevano trarre argomenti per sostenere l'affinità del problema del valore preclusivo dell'accordo e del problema del riconoscimento dei lodi stranieri. Nella dottrina italiana non si ebbero questi sviluppi, anche per la vivace critica alla quale fu sottoposta la formulazione della norma: vedi ad es. CARNELUTTI, *Sistema*, p. 163 ss. Il principio venne invece utilizzato per affermare il carattere giurisdizionale dell'arbitrato. Un esame più ampio dell'art. 941 venne effettuato dalla dottrina straniera: vedi ad es. SPERL, *Die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Italien* e *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, pp. 441-445, a cui rimando anche per un ampio esame comparativo delle legislazioni straniere.

⁽⁷⁾ Questo atteggiamento viene, come ho già chiarito, ampiamente condiviso dalla giurisprudenza italiana, e contrasta singolarmente con l'affermazione, generalmente accolta dai nostri tribunali (e per un esame dei dati relativi rimando a GIULIANO, *La giurisdizione italiana e lo straniero*, p. 147 ss.), secondo cui i principi accolti nelle convenzioni di Ginevra non si potrebbero estendere per via analogica.

sizione della lite, e la necessità che l'accordo di deroga presenti i requisiti necessari per dar vita ad un valido processo nell'ordinamento estraneo a cui le parti si sono riferite⁽⁸⁾. Si afferma quindi che in tanto la lite è sottratta alla giurisdizione italiana in quanto essa venga validamente sottoposta alla giurisdizione straniera.

La tesi accolta dal Morelli venne da ultimo respinta dal Giuliano, il quale ha su questo punto riveduta l'opinione da lui precedentemente accolta⁽⁹⁾.

Ritiene il Giuliano che qualsiasi correlazione fra l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana e l'effetto attributivo nei confronti della giurisdizione straniera o di arbitri che pronuncino all'estero sia da escludere. Essa infatti non sarebbe giustificata dalla normale volontà delle parti « le quali si limitano a designare la giurisdizione o gli arbitri cui esse intendono demandare in via esclusiva la risoluzione di una o più determinate controversie », e sarebbe del tutto estranea « alla lettera e allo spirito dell'art. 2, il quale ha di mira unicamente l'effetto preclusivo sulla giurisdizione italiana dell'accordo di deroga »⁽¹⁰⁾.

A ben guardare il Giuliano ha accolto la medesima premessa assunta dal Morelli e largamente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, le quali pongono l'accento sulla funzione preclusiva dell'atto di deroga, che esaurisce la propria efficacia nel sistema derogato, in modo che sembra ovvio che la

⁽⁸⁾ MORELLI, *Legge regolatrice...*, p. 151.

⁽⁹⁾ Sulla soluzione accolta in un primo momento dal GIULIANO, vedi la nota *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana*, e la successiva nota *Moduli e formulari e deroga alla giurisdizione italiana*, con l'avvertenza che questo scrittore ha sempre fatto una eccezione per le norme speciali immesse nel sistema italiano in esecuzione del Protocollo di Ginevra, rispetto alle quali egli ha posto in rilievo come l'effetto preclusivo venga condizionato alla valutazione dei requisiti dell'accordo secondo l'ordinamento estraneo. Per l'attuale atteggiamento del Giuliano, vedi *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, p. 88 ss., p. 159 ss.

⁽¹⁰⁾ GIULIANO, *op. cit.*, p. 91. Il medesimo argomento viene usato dal BARILE (*Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*), pur nell'adesione, diversamente motivata, alla soluzione del Morelli.

disciplina dell'accordo venga desunta da questo sistema. In base a tale premessa il Giuliano ha ultimamente dimostrato la inapplicabilità all'atto di deroga a favore di un ordinamento estraneo dei limiti posti negli artt. 1341 e 1342 C.c. « che contemplan*o* esplicitamente solo le clausole derogatorie alla competenza interna dell'autorità giudiziaria, e le clausole compromissorie per arbitrato *rituale* italiano » ⁽¹¹⁾. Senonchè il Morelli pone maggiormente in rilievo la funzione pubblicistica del processo, e l'interesse pubblico alla risoluzione di talune classi di controversie mediante un provvedimento nazionale o mediante un equivalente di esso, mentre il Giuliano trae ogni conseguenza dal principio, che egli ha sempre ribadito, della relatività dei valori giuridici e quindi della esclusività dei sistemi processuali ⁽¹²⁾; ed in base ad esso respinge la concezione — pure radicata nella giurisprudenza italiana ⁽¹³⁾ — che una deroga alla giurisdizione nazionale sia efficace solo a condizione che il procedimento estraneo possa concretamente attuarsi.

Discendendo da tali premesse generali la tesi del Giuliano deve venire, così come quella del Morelli, esaminata partendo dal fondamento che essa assume.

29. La correlazione fra l'effetto preclusivo e l'effetto devolutivo dell'atto di deroga in tanto può sussistere in quanto si

⁽¹¹⁾ GIULIANO, *op. cit.*, p. 98. I corsivi sono nel testo.

⁽¹²⁾ Per questa riaffermazione vedi da ultimo GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, p. 13. « È appena il caso di aggiungere che la rilevanza giuridica o meno di determinati comportamenti è una qualifica prettamente *relativa* dell'ordinamento giuridico... » (i corsivi sono nel testo). Richiamando tali premesse dell'autore, non sembra di dovere considerare la sua argomentazione come di carattere soprattutto letterale.

⁽¹³⁾ In questo senso vedi CASSAZIONE, 2 luglio 1941. La Suprema Corte ha negato nel caso concreto che una deroga a favore dei Tribunali misti egiziani possa operare, sostituendosi ai Tribunali misti egiziani i Tribunali turchi, una volta che i primi abbiano cessato di funzionare. Altrettanto notevole è la chiara tendenza dei tribunali italiani a richiamare come legge applicabile nel paese occupato il diritto che ha concretamente efficacia in esso: vedi sul punto la mia *Occupazione bellica*, p. 116.

accolgano contemporaneamente il principio della relatività dei valori giuridici, e il principio della completezza del sistema processuale nazionale.

Una tale correlazione non può invece venire dedotta semplicemente dal principio della territorialità del processo. Ed infatti ove si voglia attribuirvi il significato originario che gli è proprio, il principio deve venire inteso come riferentesi alla disciplina degli atti processuali che concretamente e direttamente si attuano in un sistema, e di conseguenza alla determinazione dell'ambito della giurisdizione statale, nel che è compresa la individuazione delle classi di controversie rispetto alle quali è possibile una deroga⁽¹⁴⁾. Il principio della territorialità, in quanto esprime un sforzo di delimitazione di un sistema, non può pertanto venire utilizzato per la disciplina dei requisiti formali e sostanziali dell'atto di deroga, il cui scopo è invece quello di porre un presupposto per il funzionamento di un sistema diverso. Una convinzione in questo senso è d'altronde comune alla giurisprudenza italiana, ove l'estremo rigore con cui si afferma il principio della territorialità degli atti processuali si accompagna colla precisazione che il principio si applica solo agli atti che concretamente vengono posti nell'ambito di un sistema processuale⁽¹⁵⁾.

Il problema della disciplina della deroga non si risolve però solo in base ai principi della relatività dei valori, o della com-

(14) Vedi sul punto particolarmente l'analisi dello ZITELMANN circa la distinzione fra diritto internazionale privato e diritto processuale civile internazionale, il quale ultimo avrebbe la funzione di regolare l'attività del giudice (*Internationales Privatrecht*, vol. I, p. 281 ss.). In linea concreta lo ZITELMANN ammette però il valore processuale dell'atto di deroga (*Internationales Privatrecht*, vol. II, p. 244). Circa la formazione del principio della territorialità del processo vedi CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, p. 344 ss.

(15) Sono significative al riguardo due sentenze della Suprema Corte. In sede civile infatti (vedi CASSAZIONE, 20-2-1931), si è posto il principio che un'inchiesta testimoniale è regolata dalla legge valida nel tempo e nel luogo in cui la si assume; in sede penale si affermò (CASSAZIONE, 3-4-1936) che la disciplina degli atti processuali esteri è data dalla legge straniera, anche se l'atto avviene in Italia.

pletezza degli ordinamenti, bensì anche individuando lo struttura della norma, che prevede l'accordo di deroga. I principi della relatività e dell'esclusività dei valori giuridici comportano semplicemente, nel campo processuale, che ogni sistema determini il proprio ambito di giurisdizione, e disciplini direttamente gli stesso. Questo contrasto fra le tendenze virtuali e la fisionomia completezza di un sistema processuale, a sua volta, comporta soltanto che l'ambito di quel sistema non incontri limiti logici, e che esso pertanto possa autolimitarsi solamente sul piano storico e positivo. Questo contrasto fra le tendenze rituali e la fisionomia concreta di un sistema fa sì che venga utilizzato l'accordo con cui le parti hanno richiamato, per risolvere una controversia, un procedimento estraneo. Ora non sembra esatto considerare solamente lo scopo tipico che l'accordo persegue, che è quello di escludere un rilievo della controversia per il sistema italiano, trascurando come l'accordo delle parti sia utilizzato dalla norma che lo sussume nel suo scopo concreto, positivo. Solo in questo modo si considera la reale struttura della norma e ci si spiega l'utilizzazione della figura dell'equivalente processuale che in questa materia è attuata da parte della dottrina italiana.

30. Ciò chiarito, sembra ci si possa avviare ad una conclusione. Non è possibile, a mio avviso, risolvere il problema solo richiamando il principio generale dell'esclusività dei valori processuali, come ha recentemente cercato di fare il Giuliano. È vero, infatti, che configurando l'efficacia dell'atto di deroga come concretantesi in una condizione negativa per l'attuazione di un procedimento nazionale sembra coerente ammettere, come egli fa, che i requisiti dell'accordo siano quelli previsti in modo diretto dal sistema processuale derogato. Ma è altrettanto vero che una tale configurazione si limita a considerare un elemento dell'atto, e cioè il suo scopo tipico, ed una conseguenza di esso, e cioè la sua efficacia preclusiva.

Non mi sembra che l'insistere sul valore preclusivo

dell'accordo di deroga risponda esattamente alla struttura della norma che ne prevede la possibilità. L'ordinamento derogato prevede infatti che ad un accadimento storico — l'accordo di deroga in favore di un sistema processuale estraneo — si ricollegli una conseguenza determinata, ossia l'attribuzione alle parti della facoltà di eccepire la carenza di giurisdizione dei giudici nazionali rispetto ad una lite compresa nella previsione della norma. Nel sussumere l'accordo delle parti nella propria fattispecie, la norma derogata non può considerarlo se non nella sua concreta fisionomia, determinata dall'intento pratico che le parti hanno perseguito e che è — come ha espressamente riconosciuto lo stesso Giuliano — quello di dare vita a un procedimento estraneo.

Nella previsione della norma si considera quindi la situazione concretamente posta dalle parti, alla quale il precetto legislativo attribuisce una conseguenza che è, rispetto all'intento pratico da esse perseguito, una conseguenza indiretta, e che costituisce invece l'oggetto, lo scopo tipico della norma. Con l'accordo di deroga, infatti, le parti non hanno inteso escludere rispetto ad una o più controversie la giurisdizione nazionale: se ciò avessero voluto, il loro accordo sarebbe, almeno nel sistema italiano, del tutto inefficace. Le parti hanno invece inteso ricollegare la soluzione di una o più controversie ad un sistema estraneo da esse individuato: e da questo fatto, nel quale si concreta la fattispecie della norma, l'ordinamento del giudice deduce la conseguenza ulteriore dell'esclusione della giurisdizione nazionale ⁽¹⁶⁾.

Il fatto previsto dall'ordinamento italiano ed assunto nella fattispecie della norma che prevede la possibilità di una de-

⁽¹⁶⁾ Per una configurazione analoga vedi da ultimo SATTÀ, *Commentario al Codice di procedura civile*, vol. I, p. 63, che parla di rapporti « messi fuori dell'ordinamento ». In senso analogo vedi pure il BARILE (*Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 659), secondo cui la controversia deve poter « validamente comporsi nella sua sede reale ».

roga è l'esistenza di un richiamo valido secondo il sistema estraneo, perchè solo in questo caso si concreta quel collegamento fra la controversia e il sistema straniero che costituisce un presupposto dell'eccezione di carenza di giurisdizione formulata in un processo pendente circa la medesima controversia innanzi a un giudice italiano.

Il giudizio circa l'esistenza dei presupposti della norma che prevede la possibilità di una deroga alla giurisdizione italiana si scinde pertanto in più fasi.

In un primo momento l'interprete deve accertare che la controversia di cui si discute rientri nella classe di controversie rispetto alle quali si ammette la possibilità della deroga. Tale accertamento si deve effettuare secondo le norme processuali italiane, comuni o speciali.

In un secondo momento si dovrà accertare l'esistenza di un accordo di volontà idoneo a porre in essere la deroga. Per le ragioni precedentemente chiarite a proposito dell'art. 25 delle Preleggi, tale indagine si compie in tre fasi distinte, occorrendo separatamente appurare l'esistenza dei requisiti sostanziali dell'accordo, dei requisiti di forma dell'atto, e dei requisiti soggettivi delle parti.

Ci si limiti per ora ad esaminare il problema dell'esistenza di una volontà intesa in senso sostanziale, che è poi l'accadimento storico il quale nel diritto italiano si considera come determinante, anche se condizionato all'esistenza di requisiti formali e soggettivi, perchè si operi il richiamo. Si è già detto che l'ordinamento italiano considererà valido un accordo che possieda i requisiti sostanziali previsti per la formazione del consenso, ed inoltre i requisiti propri del sistema cui le parti si sono riferite.

Ciò però non significa che il giudice italiano, constatata l'esistenza dei requisiti richiesti dal proprio diritto per la valida formazione di un accordo, debba condizionare tale giudizio alla concreta possibilità delle parti di adire il tribunale estraneo: ciò che comporterebbe non solo un esame circa la sussistenza dei re-

quisiti sostanziali dell'accordo secondo il sistema estraneo, ma anche un accertamento della sussistenza dei requisiti formali e soggettivi dell'atto. L'indagine che deve compiere l'interprete italiano è assai più semplice in quanto nel nostro sistema l'accadimento direttamente previsto perchè si abbia un riferimento ad un processo straniero è un accordo di volontà delle parti, intesa in senso sostanziale, essendo la forma dell'atto ed i requisiti soggettivi di esso sottoposti ad una disciplina autonoma e diversa ⁽¹⁷⁾. La concreta possibilità di adire il tribunale arbitrale estraneo condiziona invece l'efficacia preclusiva del compromesso e della clausola compromissoria nel sistema del Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole arbitrali.

L'atto di deroga è quindi valido, ed ha l'efficacia di escludere la giurisdizione italiana solo quando l'accordo delle parti presenti i requisiti sostanziali di validità richiesti e dal diritto italiano e dal diritto del sistema estraneo richiamato ⁽¹⁸⁾.

Con questa ricostruzione si viene a capovolgere il ragionamento accolto dalla dottrina prevalente. Per essa infatti si ritiene che nel sistema italiano venga ammessa in talune materie la possibilità di una deroga alla giurisdizione nazionale, condizionata al fatto che nel caso concreto si possa effettivamente attuare il procedimento estraneo richiamato dalle parti. L'inidoneità dell'accordo secondo il sistema estraneo appare così come una circostanza di fatto esteriore che paralizza l'efficacia dell'accordo nel sistema dell'interprete. Lo schema della

⁽¹⁷⁾ Si noti a questo punto ancora una volta come il MORELLI, pur configurando la validità dell'accordo di deroga secondo la legge straniera come idoneità dell'accordo medesimo a sottoporre la controversia alla giurisdizione o all'arbitrato straniero (*Diritto processuale civile internazionale*², p. 182), parli di una « idoneità dell'accordo delle parti a produrre l'effetto positivo », individuando cioè nel fatto dell'accordo — e quindi nell'incontro di volontà delle parti — il presupposto dell'effetto derogativo.

⁽¹⁸⁾ L'esistenza di un duplice giudizio circa l'idoneità dell'accordo non viene prevista nella giurisprudenza italiana che, quando ha negato l'applicabilità della *lex fori*, ha richiamato la legge che regola il rapporto sostanziale secondo le norme di diritto internazionale privato italiano: così APPELLO FIRENZE, 4-4-1959.

norma che prevede la possibilità di una deroga alla giurisdizione va invece così ricostruito: qualora sussista un accordo di volontà delle parti sostanzialmente valido, secondo un sistema processuale estraneo, perchè si possa deferire una controversia ad un organo processuale di quel sistema, ne sorge, in talune materie, un impedimento ad adire la giurisdizione italiana rispetto alla controversia. L'efficacia preclusiva dell'accordo di deroga discende quindi, oltre che dalla sua validità secondo il nostro diritto, dalla sua validità secondo il sistema estraneo, concretandosi quest'ultima in una situazione prevista nella fattispecie della norma che contempla la deroga.

Pertanto si attribuisce efficacia all'accordo delle parti così come esso venne effettivamente posto, all'intento pratico da esse concretamente perseguito: elemento al quale, sia pure senza dedurne le conseguenze sviluppate in questo studio, ha prestato attenzione la più recente dottrina⁽¹⁹⁾.

Il giudizio che si compie circa la validità dell'accordo secondo il sistema richiamato è pertanto pregiudiziale a quello proprio del sistema del giudice, in quanto il primo giudizio verte su di un presupposto essenziale del secondo. Il che oltre che da un'interpretazione letterale (si pensi all'espressione « a favore di una giurisdizione straniera o di arbitri che pronuncino all'estero », propria dell'art. 2 C.p.c.) discende soprattutto dal motivo logico della necessità di una duplice valutazione del medesimo accadimento i cui effetti operano in due sistemi

(19) Si pensi soprattutto alla posizione assunta da ultimo dal BARILE, che sembra del tutto affine a quella accolta nel testo. Per questo scrittore infatti « l'atto negoziale, in altri termini, tende nella specie solo a regolare la soluzione della controversia mediante un procedimento arbitrale, mentre la conseguenza della deroga alla giurisdizione italiana costituisce solo un effetto indiretto del negozio non necessariamente previsto dalle parti, ma connesso dalla legge unicamente alla mera esistenza della clausola compromissoria, in quanto costituisce un fatto in senso stretto » (*Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, p. 660). Il BARILE quindi capovolge l'affermazione dominante secondo cui essenziale, nella norma, sarebbe l'intento preclusivo e chiarisce esattamente il rapporto fra l'intento pratico delle parti sussunto nella previsione della norma, e lo scopo tipico di essa.

diversi, e dalla necessità di coordinare in modo logicamente corretto i giudizi relativi. D'altronde la legittimità di un giudizio cumulativo circa un medesimo fatto, quale l'accordo di deroga, che opera in due sistemi le cui valutazioni necessariamente interferiscono fra di loro, è stata più volte accennata, se pure in casi particolari, dalla dottrina, in specie straniera⁽²⁰⁾.

Sono pertanto da respingere le due tesi estreme, secondo cui i requisiti dell'accordo di deroga dovrebbero venire accertati o solo secondo il sistema derogato, o solo secondo il sistema estraneo, negandosi quindi qualsiasi rilievo alla valutazione della *lex fori*. In particolare quest'ultima tesi potrebbe venire accolta solo ammettendo l'esistenza di una comunità di diritto fra i vari Stati⁽²¹⁾, il che non è ancora compiutamente vero neppure in

(20) Estremamente significativa in questo senso è l'affermazione del BATTIFFOL durante i lavori della 8ª sessione della Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, ove nella II commissione venne esaminato un «*Projet de Convention sur la competence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*». Il Battifol sostenne che «*on ne peut guère échapper à l'application cumulative de la loi du for et de la loi du contrat*», a meno che le parti non abbiano direttamente disciplinato la questione nella clausola arbitrale (BUREAU DE LA CONFÉRENCE, *Actes*, p. 100).

(21) In questo caso sussisterebbe pur sempre un nesso di pregiudizialità in quanto il giudizio circa l'ammissibilità della deroga verrebbe condizionato al giudizio circa l'idoneità dell'accordo ad investire il tribunale estraneo. Questa ultima questione verrebbe però decisa solo in base al diritto richiamato, mentre secondo il sistema nazionale si dovrebbe solo accertare se rispetto alla controversia è possibile una deroga: tale fenomeno è bene rilevato dal GULDENNER, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*: «*Wird das derogierte Gericht angerufen und unter Berufung auf die Prorogation die Unzuständigkeit erhoben, so hat es nach seinen eigenen Recht darüber zu entscheiden, ob die Prorogation zulässig gewesen und wirksam sei. Wirksam ist die Prorogation nur, sofern das prorogierte Gericht zur Anhandnahme der Klage berechtigt ist. Ob letzteres der Fall est, entscheidet sich notwendigerweise nach dem Recht, dem das prorogierte Gericht unterworfen ist*» (p. 169, testo e nota n. 14). Tale configurazione sembra invero possibile solo in campi particolari, in materia arbitrale, qualora si individui l'esistenza di un diritto uniforme e nel campo processuale sussista un collegamento fra l'azione dei tribunali dei diversi paesi. I tempi non appaiono però ancora maturi per l'affermazione di questi principi in un campo generale, essendo ancora completa la distinzione fra i sistemi legislativi e processuali degli Stati.

campi particolari: a mia conoscenza l'unica, e finora scarsamente avvertita, attuazione di un principio di questo genere si ha nel sistema particolare italo-statunitense⁽²²⁾. L'accoglimento della prima tesi, a sua volta, non può venire ricollegato ad un'adesione alla concezione pubblicistica circa la natura del processo, perchè l'ambito di applicazione di questo può venire ristretto in base ad un accordo delle parti indipendentemente dalla qualificazione del rapporto fra i soggetti della lite e il giudice⁽²³⁾; si tratta semplicemente di un problema di limiti concreti di un sistema processuale, in relazione al comportamento delle parti⁽²⁴⁾: problema che viene risolto in modi diversi dal medesimo ordinamento senza che ne mutino i principi generali. E poichè la possibilità di restringere l'ambito di giurisdizione in base ad un accordo che richiami un sistema

(22) Infatti per l'art. 6 dell'accordo integrativo del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra l'Italia e gli Stati Uniti, firmato a Washington il 26 settembre 1961, ratificato e reso esecutivo con legge 1 agosto 1960, n. 910, « le clausole dei contratti stipulati tra cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente che prevedono il regolamento delle controversie a mezzo di arbitrato, non saranno ritenute invalide ai fini della esecuzione nei territori dell'altra Alta Parte Contraente unicamente perchè il luogo designato per la procedura di arbitrato è al di fuori di tali territori o perchè la nazionalità di uno o più degli arbitri non è quella di tale altra Alta Parte Contraente. Nessuna decisione debitamente resa in conformità a tale clausola arbitrale che sia definitiva o suscettibile di esecuzione in base alla legislazione del luogo ove è resa sarà ritenuta invalida o non suscettibile di esecuzione nei territori di ciascuna Alta Parte Contraente unicamente perchè il luogo ove tale decisione è stata resa è al di fuori di tale territorio o perchè la nazionalità di uno o più degli arbitri non è quella di tale Alta Parte Contraente. Nulla nel presente articolo deve essere interpretato in modo che una decisione arbitrale non possa divenire esecutiva nei territori di ciascuna Alta Parte Contraente prima di esservi stata debitamente deliberata ».

La norma istituisce, nel campo particolare dei rapporti italo-statunitensi, un sistema di diritto uniforme che parifica completamente gli arbitrati che hanno luogo nei due paesi,

(23) Così esattamente BALLADORE PALLIERI, *A proposito di proroga della competenza*.

(24) *Op. cit.*, col. 546: « L'effetto proprio dell'atto di proroga è adunque quello di togliere alle parti la possibilità di compiere validamente certi atti processuali ».

processuale estraneo viene prevista dal legislatore italiano, si tratta di vedere se la norma relativa utilizzi e sussuma, nella sua fattispecie, lo scopo concreto che le parti si sono proposte di raggiungere con l'accordo. La soluzione non sembra dubbia anche perchè proprio in relazione a tale fattispecie si distinguono due atti — l'atto di deroga a favore di un sistema estraneo e l'atto di rinuncia alla giurisdizione italiana — che verrebbero invece posti sullo stesso piano ove non si attribuisse rilievo allo scopo pratico perseguito dalle parti.

31. Prima di esaminare in modo analitico i risultati raggiunti converrà, credo, soffermarsi su qualche considerazione generale.

In primo luogo occorre mettere in luce l'autonomia dell'atto di deroga, che discende dalla funzione tipica che ad esso viene attribuita e si riflette in una propria disciplina. Ed infatti sia che l'accordo delle parti sorga in maniera autonoma, sia che esso venga inserito sin dalla sua origine in un contratto, la sua validità deve venire giudicata considerando che si tratta di un accordo il quale ha un suo intento pratico ed a cui viene attribuito uno scopo tipico. L'atto è quindi indipendente da altre clausole del medesimo testo a cui possa apparire collegato, e può pertanto venire disciplinato in base a criteri autonomi. Ne consegue che la validità dell'atto di deroga non discende necessariamente dalla validità del contratto in cui esso possa trovarsi inserito ⁽²⁵⁾.

L'aver posto in rilievo la tipicità dello scopo dell'atto, rilevando nello stesso tempo come la previsione della norma sussuma l'accordo delle parti nel suo intento concreto, permette inoltre di respingere ogni distinzione fra atto di deroga a favore

(25) Sul punto vedi per tutti, in senso conforme, RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 307; SAUSER HALL, *Rapport*, pp. 559-561, e da ultimo KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, pp. 500-503.

di una giurisdizione straniera e compromesso per arbitrato estero⁽²⁶⁾. L'intento pratico che le parti perseguono colla clausola di deroga è in entrambi i casi quello di richiamare un sistema estraneo determinato per la disciplina di una o più controversie, e così pure le conseguenze preclusive sono le medesime: l'unità dell'intento pratico e dello scopo tipico identifica pertanto la clausola di deroga a favore di un tribunale straniero, e la clausola per arbitrato estero.

Ove quindi si escludano i principi accolti nel Protocollo e nella Convenzione di Ginevra — i quali si applicano in un campo rigorosamente delimitato dalla nazionalità delle parti, dalla materia della controversia, e fors'anche dal luogo di emanazione della sentenza arbitrale — i principi che si utilizzano per la disciplina dell'atto di deroga debbono essere identici.

Quanto si è detto porta anche ad escludere l'altra tesi, enunciata dagli scrittori che accolgono una concezione privatistica dell'arbitrato, secondo cui la validità del compromesso dovrebbe venire disciplinata dalla legge che regola lo svolgimento della procedura arbitrale⁽²⁷⁾: tale tesi infatti pone l'accento sull'intento pratico perseguito dalle parti, ma trascura di considerare lo scopo tipico dell'atto; e lo stesso dicasi per lo sforzo di formulare il principio in via più generale, applicandolo anche agli atti di deroga a favore di un organo giudiziario straniero⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ In questo senso invece, così almeno mi sembra, SATTÀ-MANCA, *Luogo di svolgimento...*, p. 384. Le argomentazioni degli autori o meglio gli inconvenienti addotti da essi, benchè rilevati nel campo particolare del Protocollo di Ginevra, hanno valore più generale e portano all'applicazione della *lex loci actus* per la disciplina del compromesso arbitrale.

⁽²⁷⁾ Si possono qui ricordare come particolarmente significative le affermazioni del BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, pp. 388-399, enunciate a proposito del sistema degli accordi ginevrini, e per cui « la volonté des parties ne peut s'exprimer que dans les limites consenties par la loi compétente » intendendosi per tale la legge che regola la procedura arbitrale, indicata dall'art. 2 del Protocollo di Ginevra: nella tesi è anche evidente il richiamo ad un fondo comune dei vari sistemi giuridici in materia arbitrale.

⁽²⁸⁾ Si deve però mettere in rilievo come la tesi venga sì largamente accolta nella dottrina straniera, ma non vi trovi una adeguata dimostrazione. Vedi ad

Le tesi qui combattute discendono da un concezione privatistica dell'arbitrato, che viene così contrapposto ai mezzi statuali di composizione delle controversie. Da un punto di vista positivo queste tesi difficilmente si conciliano con la lettera dell'art. 2 del Codice di procedura vigente: ma la ragione per cui esse debbono venire respinte prescinde dalla lettera del testo legislativo, e si richiama alla funzione che in ogni caso esercita l'atto di deroga rispetto alla fattispecie della norma che ne prevede la possibilità ⁽²⁹⁾.

Diverso è il problema della disciplina dei requisiti formali della deroga. Non vi è infatti alcuna ragione perchè un ordinamento come quello italiano, il quale nelle Preleggi si ispira ad una rigida separazione fra la disciplina dei requisiti formali e sostanziali degli atti giuridici, accolga in questa materia un principio opposto.

Pertanto mentre la disciplina dei requisiti sostanziali della deroga viene posta cumulativamente dall'ordinamento italiano e dal sistema cui le parti si sono riferite, per i requisiti formali dell'atto — così come per i requisiti di capacità e di legittimazione delle parti — si ha una disciplina del tutto autonoma, che non è necessariamente diretta; ciò che d'altronde è stato affermato talune volte dalla nostra giurisprudenza rispetto alla disciplina dei requisiti formali dell'atto di compromesso per arbitrato estero, in base al richiamo della disciplina delle obbligazioni contrattuali che fu sopra utilizzato ⁽³⁰⁾.

es. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 307, per cui « Zulässigkeit und Wirkung der Prorogation richten sich nach dem Recht des Gerichts, dessen Zuständigkeit vereinbart ist ». In senso del tutto analogo con riferimento al diritto tedesco e al diritto svizzero KALLMANN, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche*, p. 79.

⁽²⁹⁾ Per un'analisi delle varie funzioni cui adempie l'atto di deroga, rimando alla mia *Recensione* a Klein, *Considérations sur l'arbitrage*: con l'avvertenza che in quel lavoro non individuavo il nesso esistente fra la funzione positiva e la funzione preclusiva dell'atto di deroga.

⁽³⁰⁾ Questa è infatti l'interpretazione che — a mio avviso esattamente — viene data alla già ricordata sentenza della CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 3-5-1954,

32. In materia di forma dell'atto di deroga non si può trascurare una teoria, enunciata anche recentissimamente, che ove fosse accoglibile, semplificherebbe d'assai il problema. Da un esame dei testi legislativi potrebbe infatti sembrare, così come sostanzialmente ritiene il Giuliano, che la disciplina formale dell'atto di deroga sia posta direttamente nel nostro sistema, attraverso quella previsione della forma scritta alla cui osservanza l'art. 2 C.p.c. condiziona le validità della deroga. La scrittura costituirebbe così l'unico requisito formale richiesto dal nostro sistema.

Non è inutile a questo proposito ricordare come la necessità della forma scritta per la validità dell'accordo di deroga venisse affermata dalla Corte di Cassazione anche nel sistema precedente al 1942, argomentando proprio dalla funzione positiva dell'atto ⁽³¹⁾. Questa funzione appare essenziale, come si è visto, rispetto alla disciplina dell'accordo. Ciò porta ad escludere che una espressa previsione formale, quale quella dell'art. 2 C.p.c., debba considerarsi esclusiva ed impedisca che alla deroga si applichi la disciplina conforme alla sua natura ed al suo scopo e comune a tutti gli atti che appaiono estranei al sistema italiano. Il requisito della scrittura si deve considerare piuttosto come un requisito esplicito che si inserisce nella disciplina accolta nel-

e alla meno recente sentenza della CASSAZIONE, 31-7-1941: vedi sul punto MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formale...*, cit. Qualche affermazione in questo senso si era avuta nel campo del diritto marittimo: vedi in giurisprudenza TRIBUNALE GENOVA, 18-8-1951, e TRIBUNALE TRIESTE, 20-4-1953 e in dottrina FERRARINI, *L'art. 1341 c.c. e la polizza di carico*; MARESCA, *Inapplicabilità dell'articolo 1342 alle clausole particolarmente onerose inserite in un contratto di noleggio o di trasporto di carico completo*; MANCA, *La deroga alla giurisdizione italiana nel campo marittimo*.

⁽³¹⁾ In questo senso vedi CASSAZIONE, 10-4-1942. La Suprema Corte ritiene doversi dare la prova scritta della deroga in quanto la legge « ammettendo la deroga, la ricollega all'elezione di domicilio a norma dell'art. 44 c.c. », e cioè ad una elezione che risulti espressamente da prova scritta. Che il sistema della deroga alla giurisdizione interna fosse nel sistema del C.p.c. 1865 determinato dalle norme che ammettevano l'elezione di domicilio (art. 95 C.p.c.) viene riconosciuto dal MEILLI, *Das internationale Zivilprozessrecht*, p. 305.

l'art. 26 delle Preleggi, dove si pone una norma ispirata essenzialmente al criterio del *favor negotii* (*res magis valeat quam pereat*), e ciò allo scopo di limitare la portata e l'ambito del criterio medesimo. L'esigenza del requisito della scrittura deve venire valutata alla luce del principio generale: così ad esempio riterrei valido l'atto di deroga in cui la firma delle parti non sia apposta per esteso, ma bensì con una sigla abbreviata, quando non sussistano dubbi sull'autenticità e sull'individuazione della persona (mentre, come è noto, la Cassazione italiana ritiene che la validità della sigla sia ammessa solo ove venga prevista da singole norme di carattere eccezionale).

L'esplicita previsione di una forma scritta, contenuta all'art. 2 C.p.c., permette di individuare una differenza fra l'atteggiamento delle parti, così come viene previsto in tale norma, e l'atteggiamento sussunto nella fattispecie dell'articolo 25, 1° comma delle Preleggi. In quest'ultimo caso le parti possono utilizzare qualsiasi modo idoneo di manifestazione della volontà: ne consegue che un accordo di volontà potrà estrinsecarsi anche attraverso comportamenti concludenti. Nel caso invece di cui all'art. 2 C.p.c. non solo ciò viene escluso dall'espressa previsione della norma, ma il principio accolto impone una interpretazione più rigorosa dei requisiti formali. Così riterrei debba venire esclusa l'efficacia preclusiva di un accordo che si estrinsechi in un documento, ma che non rifletta una precisa e specifica volontà di demandare il giudizio sulla controversia ad un tribunale estraneo. Alludo qui particolarmente all'accettazione volontaria di una giurisdizione straniera, in quanto non solo con tale atto non si intende escludere la possibilità che la medesima causa venga instaurata innanzi ad un tribunale italiano⁽³²⁾; ma non si esprime neppure un accordo diretto ad attribuire un potere ad un giu-

(32) Così DURANTE, *La volontà delle parti come criterio di competenza internazionale del giudice straniero* p. 152

dice estraneo, limitandosi la parte convenuta a non opporsi alla instaurazione di un giudizio già concretamente effettuata⁽³³⁾. Siamo qui ai confini fra disciplina della forma e disciplina della volontà sostanziale: ed è ovvio che una disposizione formale incida sulla disciplina della sostanza dell'atto.

L'interpretazione qui accolta si richiama al tenore testuale della norma vigente: essa pertanto non sembra sostenibile per il diritto anteriore. La stretta connessione che esisteva nel sistema del C.p.c. 1865 fra la disciplina della deroga alla giurisdizione italiana e la disciplina della proroga alle normali regole della competenza a favore di altro tribunale italiano, è anzi un forte argomento per sostenere la tesi contraria, che esistesse cioè una stretta interdipendenza fra il problema della validità dell'accettazione della giurisdizione il quale si risolveva applicando estensivamente le regole sulla competenza, e il problema della deroga.

In base ai medesimi principi interpretativi riterrei di escludere che possano venire imposti altri limiti formali: in particolare quello della specifica approvazione per iscritto, nel caso di clausola inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, ovvero — ed è questo il caso che maggiormente interessa — mediante la sottoscrizione di moduli a stampa o formulari, come viene previsto dagli artt. 1341 e 1342 C.c. Le norme poste in quegli articoli non si riferiscono infatti alla deroga alla giurisdizione nazionale: esse anzi presuppongono che le relative controversie vengano sottoposte alla giurisdizione italiana⁽³⁵⁾.

(33) Nel senso qui combattuto vedi — così almeno mi sembra — il MONACO, *Il giudizio di deliberazione secondo il nuovo Codice di procedura civile*, partic. a pp. 93-94. Nel senso conforme al testo vedi, da ultimo, CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 18-9-1954.

(34) Così esattamente SERENI, *Sull'accettazione volontaria da parte del convenuto straniero...*, e BOSCO, *Questioni in tema di accettazione volontaria di una giurisdizione straniera*.

(35) In sostanza questo argomento, sia pure « adducens impedimentum », viene utilizzato dal SATTÀ (*Commentario al Codice di Procedura civile*, p. 64)

Recentemente la tesi qui sostenuta venne accolta dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza del 2 maggio 1960 che ha fornito lo spunto a questo studio. La Suprema Corte si è posta però solo il problema dell'accertamento dei requisiti formali dell'atto di deroga nell'ambito del sistema particolare del Protocollo di Ginevra. Come ho già avuto occasione di accennare, la motivazione della Corte è discutibile in quanto ha trascurato proprio i dati testuali che nel sistema del Protocollo potevano rilevarsi a sostegno della tesi accolta⁽³⁶⁾, ed appare inoltre qua e là sommaria; ma essa è estremamente interessante, perchè chiaramente vi traspare la convinzione che sia necessario attribuire una propria autonomia all'atto di deroga a favore di un sistema estraneo e alla sua disciplina⁽³⁷⁾. Lo spunto offerto viene utilizzato in questo studio, ma percorrendo una via del tutto diversa, superando l'impostazione tradizionale data al pro-

quando osserva che « la contraria opinione (S.U. 3 maggio 1954, *Riv. dir. inter.*, 1956, p. 196) non tiene conto che l'art. 1341 non riguarda la deroga alla giurisdizione nè può riguardarla, in quanto verrebbe altrimenti a imporre allo straniero la conoscenza di una disposizione dell'ordinamento interno che egli non ha modo di conoscere. L'art. 1341 contempla solo la clausola compromissoria (arbitrato interno) che per costante riconoscimento (Cass. 28 novembre 1955 nr. 3810) non dà luogo a rapporto di giurisdizione, ma di competenza fra il giudice ordinario e il giudice arbitrale ». La tesi del Satta si richiama sostanzialmente alla affermazione, ampiamente difesa nella dottrina italiana, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 2 C.p.c. concreta una figura essenzialmente diversa da quella che si ha nell'ipotesi di deroga a favore di un giudice o di un arbitro che operino nell'ordinamento: così il CARNELUTTI, come già si è visto (*supra*, p. 108, nota 25) riserva il nome di proroga alla seconda figura. Per un esame dei precedenti giurisprudenziali della questione vedi JACCARINO, *Rassegna di giurisprudenza sugli atti di deroga alla giurisdizione*.

⁽³⁶⁾ Vedi sul punto le considerazioni del GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, p. 159. Si deve però rilevare come sia opinione comune che dal sistema del Protocollo e della Convenzione di Ginevra non possano dedursi criteri autonomi per individuare una legge competente a valutare la validità formale del compromesso o della clausola compromissoria, ed occorra pertanto rifarsi alle norme generali di ciascun ordinamento. Vedi sul punto MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formali...*, col. 1139, e gli autori da lui citati nella nota 16.

⁽³⁷⁾ Infatti, secondo la Corte « perchè sia applicabile la norma di collegamento dell'art. 27 si presuppone che il giudice innanzi al quale il processo si svolge sia già stato investito della giurisdizione ».

blema, il quale viene risolto dalla dottrina dominante a seconda che si ritenga o meno applicabile l'art. 27 disp. prel. C.c. ⁽³⁸⁾.

Ad escludere l'applicabilità degli artt. 1341 e 1342 alla disciplina dei requisiti formali dell'accordo è pure giunto, prima e dopo la sentenza della Cassazione nel caso Trumpy-Salgoril, uno scrittore che ha posto a fulcro della propria dimostrazione l'argomento che all'atto di deroga deve venire attribuita una natura privatistica e non processualistica ⁽³⁹⁾. Per questo autore infatti le clausole derogative vanno considerate come autonomi « mezzi processuali » e come tali disciplinate: ed indubbiamente una eco di questa affermazione si sente nella parte motiva della sentenza 2 maggio 1960 della Corte Suprema. La tesi si supera dimostrando come ne sia inaccoglibile la premessa, per cui sarebbe necessario compiere una previa qualificazione della clausola di deroga per risolvere il problema della disciplina dei requisiti formali. La norma di cui all'art. 2 C.p.c. disciplina infatti una situazione giuridica del tutto diversa da quella considerata nelle previsioni del Codice civile italiano relative alla forma di talune clausole contrattuali. Per lo stesso motivo si deve escludere una duplice valutazione dell'atto, rispetto ai requisiti di validità ed alle condizioni cui è subordinata la sua efficacia preclusiva ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Che il problema della disciplina dei requisiti dell'atto di deroga consista nello scegliere fra l'applicabilità dell'art. 27 o dell'art. 26 disp. prel. C.c., è generalmente riconosciuto. Come si è visto un parte notevole della dottrina (vedi partic. GIULIANO, *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana e Moduli e formulari e deroga alla giurisdizione italiana*, e DURANTE, *Sulla legge regolatrice del compromesso e della clausola compromissoria*), sostiene che nell'art. 27 non si comprenda solamente la disciplina degli atti processuali in senso stretto, mentre la soluzione contraria che già venne accolta in un tempo meno vicino, fra gli altri, dal CERETI, è stata di recente ripresa dallo JACCARINO.

⁽³⁹⁾ JACCARINO, *Il c.d. atto di deroga*, p. 154 ss.

⁽⁴⁰⁾ Particolarmente significativa, nel senso qui sostenuto, appare la sentenza dell'APPELLO PARIGI, I Sez., 27-1-1955, per cui « La convention sur la compétence juridictionnelle qui représente une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat commercial obéit, quant à la forme, à la règle *locus regit actum*. Elle est, en principe, quant à ses conditions de fond, d'existence et de

33. Un diverso problema, per quanto strettamente connesso al precedente, è quello relativo alla disciplina dei requisiti di capacità e di legittimazione delle parti a porre il compromesso.

Il fondamento della distinzione fra i requisiti di capacità e i requisiti di legittimazione delle parti viene ammesso in linea generale dalla dottrina italiana, dopo le indagini compiute in campi separati e con metodi diversi, ma giungendo a risultati sostanzialmente affini, dallo Sperduti e dall'autore di queste note ⁽⁴¹⁾; ma il principio non viene generalmente applicato relativamente all'accordo di deroga nè dalla dottrina, nè dalla giurisprudenza. La Corte di Cassazione ha infatti messo in rilievo, nella più volte ricordata sentenza del 2-5-1960, l'autonomia del problema della disciplina dei requisiti di capacità rispetto alla disciplina dei requisiti sostanziali dell'atto, così come ha sostenuto l'esigenza di una autonoma disciplina per i requisiti formali, ed ha anzi posto tale affermazione alla base del ragionamento seguito ⁽⁴²⁾: ma non ha in alcun modo analizzato, rispetto all'accordo, i problemi di capacità nè li ha distinti dai problemi di legittimazione, nonostante che la distinzione sia conosciuta ed esattamente applicata dalla nostra giurisprudenza ⁽⁴³⁾.

validité, régie par la loi du contrat. Ses effets se trouvent toutefois soumis également aux dispositions des lois en vigueur tant dans l'Etat auquel ressortissent les juridictions auxquelles est attribué compétence, qu'inversement dans l'Etat dont relèvent celles dont la compétence se trouverait corrélativement exclue ». Sulla sentenza vedi la generica nota adesiva del MORULSKY.

⁽⁴¹⁾ Dello SPERDUTI vedi *Sulla capacità generale di obbligarsi...* Sulla distinzione vedi inoltre il mio studio su *L'indegnità a succedere nel diritto internazionale privato italiano*, al quale rimando per la formulazione della tesi che la capacità rifletta un modo di essere della persona in sè, e la legittimazione un modo di essere rispetto ad un concreto rapporto.

⁽⁴²⁾ La Corte Suprema ha infatti affermato che « non è dubitabile, e non è mai stato dubitato, che la capacità dei compromittenti debba essere valutata ai sensi dell'art. 17 delle Preleggi, secondo la legge nazionale di ognuna delle parti ». Il principio in realtà è stato messo in rilievo anche recentemente dalla dottrina; ma non ha certo trovato quell'unanime riconoscimento che la Corte presume.

⁽⁴³⁾ Per una esatta applicazione della distinzione, vedi ad es. TRIBUNALE MILANO, 3-3-1954, e la *Nota* conforme del CARNELUTTI.

La dottrina dominante segue invece un'altra via. Si ritiene infatti che la capacità delle parti a porre validamente un compromesso o una clausola compromissoria debba, come qualsiasi requisito processuale dell'atto, venire regolata dalla *lex fori*, mentre si dovrebbero richiamare le norme straniere applicabili in virtù delle norme italiane di collegamento per determinare la disciplina della capacità delle parti, gli effetti materiali che si ricollegano alla clausola di deroga e, infine, la forma dell'atto. I problemi relativi andrebbero pertanto risolti rispettivamente applicando l'art. 17 delle Preleggi (ed in via sussidiaria, per gli apolidi, l'art. 29), l'art. 25, 1° comma e l'art. 26, 1° comma⁽⁴⁴⁾. La dottrina prevalente ha pertanto riaffermato la sua interpretazione processualistica circa il valore dell'atto di deroga, ponendo una sola eccezione che, a quanto sembra, non potrebbe valere se non per i compromessi per arbitrato irrituale⁽⁴⁵⁾.

Tali affermazioni vengono giustificate da premesse assai diverse da quelle qui accolte anche se vi è una coincidenza nei risultati raggiunti: e ciò consiglia di riesaminare i dati del problema.

Ove infatti si consideri la struttura della norma che prevede la deroga non si può che attribuire rilievo al solo effetto processuale dell'atto stesso, sia sotto il profilo dello scopo pratico che le parti si sono proposte che sotto il profilo dell'effetto previsto dalla norma.

In quanto l'accordo è un elemento essenziale della fattispecie della norma che prevede la possibilità di una deroga, le conseguenze preclusive che si ricollegano alla disposizione si verificheranno quando l'accordo presenti i requisiti soggettivi, di for-

(44) Così MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², p. 46 ss.; VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 216.

(45) Ciò del resto viene riconosciuto dal VENTURINI, *op. loc. cit.* Questo autore parla « soprattutto » degli arbitrati irrituali; ma date le premesse da lui assunte, e relative ad una precisa differenza fra l'aspetto processuale e l'aspetto sostanziale della questione, sembrerebbe più giustificato parlare esclusivamente di essi.

ma e di sostanza, previsti, a seconda dei casi, dalle norme materiali italiane o dalle leggi straniere richiamate.

Ove si tenga presente come nell'ordinamento italiano la qualifica di soggetto di diritto e l'attribuzione dei requisiti d'ordine personale necessari ai fini di qualsiasi attribuzione giuridica vengano disciplinati, in virtù dell'art. 17 delle Preleggi, dalla legge nazionale, ed ove inoltre si consideri come in tutto il sistema processuale italiano la capacità delle parti sia regolata mediante un rinvio alle disposizioni sostanziali ⁽⁴⁶⁾, se ne deve dedurre che la capacità a porre un valido accordo di deroga viene disciplinata mediante il richiamo previsto dall'art. 17 e per gli apolidi dall'art. 29.

Vive ed attuali sono le discussioni relative alla disciplina della capacità delle parti nella materia specifica del compromesso arbitrale. Più volte si è manifestata la tendenza a disciplinare la capacità delle parti compromittenti mediante l'applicazione della medesima legge che disciplina il contratto in cui viene inserita la clausola di deroga ⁽⁴⁷⁾, e si è spesso sostenuta l'opportunità di far riferimento alla legge propria del tribunale arbitrale adito ⁽⁴⁸⁾: tesi diverse, ma che entrambe si ricollegano ad una concezione privatistica sull'arbitrato, ed urtano nel sistema italiano colla norma accolta nell'art. 2 C.p.c.

La legittimazione dei soggetti a porre l'accordo di deroga dovrà invece venire disciplinata mediante la legge applicabile al rapporto concreto che viene dedotto nel giudizio arbitrale: ossia dalla legge richiamata dalle parti per la disciplina delle obbligazioni convenzionali, e dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto da cui deriva l'obbligazione, per le obbligazioni extra contrattuali.

In base alle medesime premesse deve venire risolto un pro-

⁽⁴⁶⁾ Sul punto vedi, anche per i richiami bibliografici, ANDRIOLI, *Commento*, vol. I, p. 217.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto vedi per tutti KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage*, p. 250.

⁽⁴⁸⁾ Vedi SAUSER HALL, *Rapport*, p. 295.

blema strettamente connesso a quello della legittimazione a porre l'atto di deroga, ossia il problema della legittimazione ad agire: anzi, della legittimazione a muovere l'eccezione di carenza di giurisdizione del Tribunale adito in base al compromesso o alla clausola compromissoria.

La dottrina di diritto processuale ha in questi ultimi anni più volte analizzato il problema della *legitimatio ad causam* (che è perfettamente parallelo a quello della legittimazione all'eccezione, ossia del diritto a far giudicare del fatto eccepito): ed ha sostanzialmente riaffermato, ampliandole e precisandole, le tesi generalmente accolte dagli scrittori della generazione precedente alla nostra, i quali pure erano partiti da una diversa concezione circa la natura dell'azione⁽⁴⁹⁾.

Avendo infatti chiarito come la legittimazione ad agire (e quindi a contraddire) vada determinata con riguardo al contenuto della pretesa o delle eccezioni avanzate in giudizio, ma indipendentemente dalla fondatezza dell'una o delle altre, i più recenti scrittori hanno potuto accogliere le conclusioni della dottrina più antica per cui la legittimazione ad agire, quale condizione dell'azione, appariva discendere dalla legge che regola il diritto sostanziale, e di conseguenza doveva venire regolata dalla legge straniera eventualmente richiamata per la disciplina del diritto stesso.

La tesi sembra senz'altro accettabile e nulla v'è da aggiungere alle argomentazioni che la sorreggono. La legittimazione ad agire od a contraddire, pur avendo esclusiva rilevanza nel processo e per il processo, è qualificata dal diritto sostanziale liti-

(49) Circa un'indagine della *legitimatio ad causam* nel diritto processuale civile internazionale in base alla concezione chiovendiana dell'azione come diritto alla sentenza favorevole, vedi MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², pag. 18. Per la dottrina successiva e circa le premesse da cui essa parte relativamente alla figura dell'azione, vedi particolarmente BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*; ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*; e MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, a cui rimando per ulteriori note bibliografiche.

gioso, esprime cioè una posizione di un soggetto relativamente ad una situazione giuridica materiale. La sussistenza del diritto preteso (o fatto valere in via di eccezione), appartiene al diritto sostanziale alla cui stregua si deve giudicare in definitiva se la domanda o l'eccezione sia fondata nel merito. Essa deve quindi venire disciplinata dalla legge che regola quella situazione: la legittimazione della parte rispetto al rapporto sostanziale, e la legittimazione della parte ad agire nel processo esprimono i due diversi aspetti, materiale e processuale, dello stesso fenomeno e sono quindi disciplinate dalla medesima legge.

La *lex fori* presenta però in ogni caso un rilievo, perchè essa indica se e quali elementi sostanziali debbano venire considerati ai fini della legittimazione⁽⁵⁰⁾. La posizione della parte rispetto al rapporto sostanziale viene quindi utilizzata nel processo così come essa è: ma a condizione e nei limiti in cui ciò viene prescritto dalla legge del giudice.

La legittimazione ad eccepire la carenza di giurisdizione in base a un accordo a favore di un arbitrato straniero, verrà normalmente disciplinata attuando il richiamo previsto dall'art. 25, 1° comma delle Preleggi: ma non è da escludere un ricorso all'art. 25, 2° comma, qualora si tratti di decidere della possibilità della parte a derogare alla giurisdizione italiana in materia extracontrattuale. In base alle stesse norme si dovrà giudicare del diritto della parte a porre il compromesso, o la clausola compromissoria, riferentisi a un dato rapporto: accertamento questo cui è connesso il giudizio circa la fondatezza dell'eccezione.

Alle medesime premesse si ricollega la soluzione di un diverso problema, solitamente trascurato ma di notevole rilievo dottrinale e pratico: quello cioè relativo alla determinazione del momento rispetto a cui si deve accertare la sussistenza dei requisiti dell'atto di deroga.

Ove si tenga presente come presupposto dell'efficacia derogatoria previsto all'art. 2 C.p.c. sia il richiamo che le parti ab-

(50) MICHELI, *op. cit.*, p. 58.

biano fatto ad un sistema processuale estraneo, non sembra affatto giustificabile la tesi, accolta dalla nostra giurisprudenza, secondo cui il momento decisivo per l'accertamento della validità di una clausola di deroga sarebbe quello in cui essa viene fatta valere, e non il momento in cui viene posta ⁽⁵¹⁾. Ed infatti il presupposto cui l'ordinamento italiano subordina l'effetto preclusivo della deroga è, sì, la possibilità di adire validamente un sistema processuale estraneo: ma ciò si verifica in virtù di un accadimento storico — l'accordo di deroga — la cui validità è un requisito essenziale perchè le parti possano adire quel sistema. Essa deve pertanto venire accertata secondo le norme dell'ordinamento a favore del quale si è operata la deroga, e non sembra che tale accertamento possa venire sottratto al principio generale per cui *tempus regit actum*. Pertanto i requisiti di validità dell'accordo di deroga vanno accertati in relazione al momento in cui l'accordo fu posto, gli avvenimenti successivi potendo solo influire sull'efficacia dell'atto per la sopravvenienza di un fatto impeditivo.

(51) Che le condizioni richieste per la validità della deroga debbano venire determinate con riguardo alla situazione esistente al momento in cui la domanda viene proposta, è invece affermato dalla CASSAZIONE, nella sentenza 27-12-1948: la Suprema Corte d'altronde ha ritenuto in ogni caso che determinante ai fini di accertare l'esistenza dei presupposti di validità dell'arbitrato sia il momento in cui si radica il procedimento rispetto al quale viene formulata l'eccezione di preclusione. Così nel medesimo provvedimento si è ritenuto che per accertare l'appartenenza di una delle parti ad uno Stato firmatario di una Convenzione sia decisivo il momento della proposizione del giudizio: e dalla motivazione appare chiara la convinzione del Supremo Collegio che lo stesso principio valga anche per i requisiti dell'atto; il che è d'altronde coerente con l'indirizzo accolto circa la natura e lo scopo della norma che prevede la deroga. Sul punto vedi la nota dissidente di MONACO, *Validità della clausola compromissoria per arbitrato estero*. È inutile rilevare come diverso da quello sopra ipotizzato sia il problema relativo alla determinazione del diritto applicabile in caso di contrasto fra più leggi successive dell'ordinamento straniero richiamato: sul quale problema vedi da ultimo, anche per un esame della giurisprudenza italiana, GAVALDA, *Le conflit dans le temps en droit international privé*, p. 353 ss. e, con riferimento ai contratti in generale, HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté*, p. 230 nota 30.

34. La tesi accolta in sede generale relativamente alla sussistenza dei requisiti di validità dell'atto di deroga, non è sempre conforme ai principi posti in virtù delle norme di esecuzione del Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 e della Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927.

Per chiarire nel loro esatto valore il significato delle norme così introdotte nell'ordinamento italiano, occorre fare talune premesse.

In primo luogo si consideri la tendenza, sempre più forte, a porre in materia arbitrale norme processuali uniformi⁽⁵²⁾, che debbono però venire integrate dall'adozione di principi comuni di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale⁽⁵³⁾. La formazione di un *plafond* giuridico comune ha indubbiamente favorito il rafforzarsi di un criterio interpretativo che cerca di superare taluni limiti formali per dare il massimo valore allo scopo, proprio dei due accordi, di introdurre una legislazione uniforme⁽⁵⁴⁾. Così, nonostante che le due

(52) Sui modi attraverso cui si può giungere ad un avvicinamento dei sistemi giuridici nel campo arbitrale, vedi MINOLI, *Studi e proposte per una legge uniforme sull'arbitrato*, e MARMO-MIGLIAZZA, *L'unificazione delle norme di diritto internazionale privato in materia di arbitrato*. Per l'evoluzione successiva al 1954, ed in particolare circa i precedenti della Convenzione di New York, vedi KLEIN, *Autonomie de la volonté ed arbitrage*, 1958, p. 488 ss.

(53) Sul problema dei rapporti fra diritto internazionale privato, diritto privato uniforme e diritto internazionale privato uniforme vedi, in generale, MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto* (la parte del volume che maggiormente interessa questo studio è apparsa, con il titolo *Diritto uniforme e diritto internazionale privato*, nella *Rivista di diritto internazionale* del 1955). Sul punto vedi inoltre VALLINDAS, *Réflexions sur la conclusion des conventions de droit international privé uniforme*; e, da ultimo, VALLADAO, *Private international Law, uniform Law and comparative Law*. Sul problema dell'autonomia contrattuale nel diritto uniforme v. MATEUCCI, *Introduction a l'étude*, p. 419 ss.

(54) In questo senso vedi da ultimo NOBILI, *Riconoscimento di lodo straniero e validità della clausola compromissoria*, in nota ad APPELLO FIRENZE, 10-6-1958, e JACCARINO, *Della legge applicabile ai compromessi e alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la Convenzione di Ginevra*, pure in nota alla medesima sentenza. La soluzione differente che le due Convenzioni adottano rispetto ad un problema importante, quale quello di determinazione della sfera spaziale d'efficacia d'ognuna di esse, è stata però recentemente posta in rilievo dalla Suprema Corte, nella sentenza 2-5-1960.

Convenzioni di Ginevra abbiano una efficacia diversa ed un diverso ambito di applicazione perchè molti Stati partecipano ad una sola delle Convenzioni e perchè soprattutto non è sufficiente che la sentenza arbitrale sia emessa in base ad una clausola prevista dal Protocollo perchè essa sia esecutoria a termini della Convenzione ⁽⁵⁵⁾, è comune la tendenza a considerare come un sistema unitario quello formato dai due testi, collegati invece in maniera non del tutto univoca dall'art. 1 della Convenzione del 1927 ⁽⁵⁶⁾. La tendenza d'altronde si collega all'altra, propria della giurisprudenza italiana e consistente nell'affermare la prevalenza del diritto uniforme sul diritto speciale posto mediante il richiamo effettuato da norme di diritto internazionale privato ⁽⁵⁷⁾; e può altresì venire giustificata dal fatto che nei lavori preparatori dei due testi ginevrini si manifestò in modo chia-

⁽⁵⁵⁾ La differenza fra i sistemi delle due convenzioni risultante dal diverso campo di applicazione, è stata sempre messa in rilievo dagli scrittori che ne hanno esaminato le norme in modo analitico: ad es. il BRACHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales*, p. 181, ha osservato esattamente a questo riguardo « qu'il ne suffira pas pour que la Convention (del 1927) soit applicable, que cette sentence arbitrale ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire visés dans le protocole du 1923 ».

⁽⁵⁶⁾ Una precisa affermazione circa l'unitarietà del sistema formato dalle due Convenzioni si trova nel BALLADORE PALLIERI (*L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, pp. 396-397), in base a quella visione privatistica dell'Istituto arbitrale che è propria di questo scrittore. Il Ballardore, pur mettendo in rilievo talune differenze essenziali fra le due Convenzioni, ritiene che esse si ispirino entrambe al principio di ricollegare tutti gli atti che comunque si riferiscono all'arbitrato alla legge della sede del tribunale arbitrale. Sulla tesi vedi, in senso critico ed in base ad una ricostruzione del modo di formazione dei due accordi, KLEIN, *Considération sur l'arbitrage en droit international privé*, p. 297 ss. Concorda sostanzialmente con la tesi del Klein il MARMO, *Gli arbitrati stranieri con elementi di estraneità*, p. 125 ss. Per una ampia ricostruzione dei dati del problema, vedi JACCARINO, *La convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*.

⁽⁵⁷⁾ In questo senso vedi da ultimo CASSAZIONE, 22-6-1961. Per la sentenza — che ha più interesse per il ragionamento seguito che non per i principi accolti — « le norme internazionalmente uniformi... prevalgono sulle altre disposizioni dell'ordinamento: in particolare la Convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico prevale sull'art. 10 Cod. nav. e sull'art. 25 disp. prel. C.c. ». Si rilevi come la Suprema Corte abbia assunto una posizione decisamente contraria nei confronti di una giurisprudenza di merito che aveva suscitato vivaci critiche (vedi TRIBUNALE GENOVA, 22-3-1958 e sul punto MALINTOPPI, *Sul rapporto fra l'art. 10 della Con-*

rissimo la convinzione che i principi dei due accordi debbano operare in un sistema processuale strettamente connesso ⁽⁵⁸⁾.

Da queste tendenze, oltre che dall'accoglimento di una concezione privatistica dell'arbitrato, discende lo sforzo di ricostruire nel sistema delle due Convenzioni una figura unitaria dell'atto di deroga per arbitrato estero; figura che assumerebbe rilievo sia per valutare l'efficacia preclusiva della deroga, sia per accertare l'esistenza dei presupposti necessari per l'attribuzione di forza esecutiva ad un lodo straniero. La teoria urta contro l'ostacolo difficilmente superabile del diverso sistema accolto nell'art. 4 del Protocollo e nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra. Anche nell'ambito particolare degli accordi ginevrini non sembra quindi da abbandonare la precisa distinzione che sussiste, secondo il diritto comune italiano, fra il problema della disciplina dei requisiti di un accordo ai fini del riconoscimento della sua efficacia preclusiva, ed il problema dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento di un lodo straniero: e d'altronde la distinzione non ha potuto venire superata neppure in seguito, attraverso lo sforzo di creare la figura dell'arbitrato cosiddetto internazionale, sottoposto unicamente alla disciplina delle parti ⁽⁵⁹⁾.

venzione di Bruxelles relativa alla polizza di carico e l'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale); ma non sia giunta al risultato attraverso quella coerente applicazione del principio della specialità che pure era possibile, bensì rilevando la prevalenza delle norme di diritto uniforme sulle altre disposizioni dell'ordinamento. Con maggiore precisione tecnica la sentenza della Cassazione sopra ricordata ha messo in rilievo il carattere di specialità « inerente a tutte le norme internazionalmente uniformi dotate di apposite regole di applicazione » e da ciò ha dedotto l'inapplicabilità ai casi regolati da tali norme dei principi generali o speciali di diritto internazionale privato.

⁽⁵⁸⁾ Vedi sul punto il *Rapport du comité d'experts juristes*, in *Journal officiel de la Société des Nations*, 1927, p. 890 ss. (il comitato era presieduto dall'Anzilotti). Sull'azione preparatoria alle due convenzioni vedi BRACHET, *op. cit.*, pp. 169-178. Circa talune questioni fondamentali relative all'entrata in vigore delle Convenzioni vedi PERASSI, *Nota in Riv. dir. inter.* 1931, p. 567 ss., e CERETI, *Compromessi e lodi stranieri nelle recenti Convenzioni internazionali*.

⁽⁵⁹⁾ Sullo sforzo di sciogliere l'arbitrato da ogni legame statale, e di sottoporlo unicamente alla volontà delle parti, vedi BRUNS e MOTULSKY, *Tendances*

L'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza italiana, volto a considerare le convenzioni ginevrine come inserenti in un sistema uniforme di carattere unitario, porta comunque ad interpretare i due testi in modo da conciliarne le singole disposizioni ed a considerarle come espressioni particolari di principi di più ampia portata. Dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 C.p.c. 1942, è però escluso che tali principi possano correttamente venire utilizzati per l'interpretazione del diritto comune e quindi al di là delle materie che formano oggetto delle due Convenzioni. Una tendenza ad interpretare restrittivamente l'efficacia dei due testi si nota indubbiamente nel nostro diritto, e si ricollega alla persuasione, radicata nella giurisprudenza e nella dottrina italiana ed in generale estranea ai diritti stranieri ⁽⁶⁰⁾, che il compromesso e la clausola compromissoria riducano l'ambito di potere dei tribunali dello Stato, e pongano così una eccezione al principio generale della mancanza di limiti alla giurisdizione dello Stato.

35. Ciò premesso in linea generale, sarà più facile esporre il sistema delle Convenzioni di Ginevra.

Nel sistema del Protocollo del 1923 è essenziale la previsione di un duplice giudizio circa la validità del compromesso,

et perspectives de l'arbitrage international. Lo sforzo ottenne nel campo convenzionale notevoli risultati: basti pensare alla norma di cui all'art. 1, comma 1 della Convenzione di New York, che prevede l'esecutorietà di qualsiasi lodo, purchè reso in territorio non soggetto allo Stato di cui si tratta. Ma era impossibile svincolare del tutto l'arbitrato da un legame statale, come appare, ad esempio, dalla norma di cui all'art. V, lett. a della Convenzione.

⁽⁶⁰⁾ Vedi sul punto da ultimo KLEIN, *Autonomie de la volonté*, p. 267 che considera caratteristico della dottrina italiana il fatto che « l'arbitrage s'analyse avant tout comme une évacion de compétence judiciaire ». L'eccezione relativa è quindi una eccezione di carenza di giurisdizione, non potendosi sostenere, nonostante una recente affermazione in questo senso a proposito dell'arbitrato estero, la tesi generalmente accolta a proposito dell'eccezione di compromesso per arbitrato interno, alla quale si è attribuita la natura d'eccezione di improponibilità o improcedibilità.

sancita nell'art. 4, comma 1° e 2° ⁽⁶¹⁾. Il tribunale innanzi a cui viene sollevata l'eccezione di carenza di giurisdizione in favore di un arbitrato estero può giudicare solo intorno alla sussistenza di un fatto impeditivo posteriore alla stipulazione del compromesso o della clausola compromissoria: mentre per ogni altra eccezione, e quindi anche per quelle relative alla validità formale e sostanziale del compromesso, è previsto che il tribunale sospenda il proprio giudizio, in attesa che l'organo arbitrale si sia pronunciato in merito ⁽⁶²⁾.

La *Kompetenz-Kompetenz* attribuita sotto questo profilo all'organo arbitrale molto spesso porterà a risultati analoghi a quelli che si hanno secondo il diritto comune, ove si accolga la tesi difesa in questo studio per cui l'efficacia preclusiva della deroga è condizionata alla sua validità sostanziale secondo il sistema estraneo: ma secondo il Protocollo di Ginevra ciò avviene in modo corrispondente alle esigenze di un sistema processuale uniforme, ed in funzione della complementarietà delle strutture processuali dei due ordinamenti.

Appare infatti chiaro lo scopo della norma di cui all'art. 4, 1° comma del Protocollo: instaurare, in un ambito ben preciso, una integrazione fra i compiti svolti dai tribunali statuali e dagli organi di arbitrato che operino negli Stati membri della Convenzione, in modo che una questione sollevata innanzi ad un tribu-

⁽⁶¹⁾ Per l'art. 4 del Protocollo « les tribunaux des Etats contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu du dit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés à la demande de l'un d'eux au jugement des arbitres. Ce renvoi ne préjudicie pas à la compétence des tribunaux au cas où, pour un motif quelconque, le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage sont devenus caducs ou inopérants ». Che l'art. 4 non comprenda il giudizio circa i requisiti formali del compromesso, rispetto ai quali occorrerebbe rifarsi alle norme vigenti in proposito nell'ordinamento in cui il problema si pone, è opinione comune (vedi per le citazioni MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formale*, nota 16): ma ciò urterebbe contro il sistema accolto dal Protocollo, quale si è sopra delineato.

⁽⁶²⁾ Sull'art. 4 del Protocollo in generale vedi KLEIN, *Considération sur l'arbitrage en droit international privé*, p. 290 ss.; e MARMO, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità*, p. 59 ss.

nale possa venire decisa mediante la pronuncia dell'organo arbitrale straniero a cui le parti si sono riferite. Ove si rifletta allo scopo della norma, se ne deduce la soluzione del problema relativo all'accertamento dei requisiti di validità di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato estero, quando una delle parti ne richiami il valore preclusivo per eccepire la carenza di giurisdizione del giudice nazionale. Correttamente quindi, a mio avviso, si è ritenuto che il problema non fosse risolubile mediante l'applicazione da parte del giudice statale della norma di cui all'art. 2 del Protocollo ⁽⁶³⁾, per cui il procedimento arbitrale è regolato dalla legge del luogo in cui si svolge l'arbitrato ⁽⁶⁴⁾. Ed è altrettanto chiaro come la soluzione accolta nel primo comma dell'art. 4 del Protocollo — soluzione che pure, nel campo dell'arbitrato, la dottrina si è molto spesso proposta anche se talvolta solo in via di ipotesi ⁽⁶⁵⁾ — dovesse incontrare una serie di ostacoli sia da parte della giurisprudenza, sia da parte della dottrina italiana, che poterono facilmente mettere in rilievo come il testo dell'art. 4 del Protocollo appaia estremamente involuto.

In giurisprudenza infatti vennero via via affacciate varie tesi, richiamandosi per la disciplina dell'accordo o la legge designata dall'art. 27 delle Preleggi (ossia la legge del luogo ove si svolge il processo in cui viene formulata l'eccezione di pre-

⁽⁶³⁾ Per l'art. 2 del Protocollo « la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu ». Sull'inapplicabilità dell'art. 2 alla disciplina dei requisiti del compromesso, vedi MORELLI, *Requisiti formali della clausola compromissoria...*, p. 155, in base all'esatto argomento che l'art. 2 non può estendersi alla disciplina di un atto che precede la costituzione stessa del tribunale arbitrale.

⁽⁶⁴⁾ In questo senso vedi da ultimo GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, p. 157.

⁽⁶⁵⁾ Vedi ad esempio, nella dottrina italiana, il vecchio lavoro del FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale internazionale*, p. 15, secondo cui l'accordo arbitrale che non urti « contro alcuna disposizione impeditiva della legge italiana » dovrebbe essere sottratto alla disciplina e al controllo dell'ordinamento derogato.

clusione), o l'ordinamento del paese in cui si è svolto o deve svolgersi il procedimento arbitrale, e ciò in virtù dell'art. 2 del Protocollo, oppure le norme designate per i requisiti formali dell'accordo dall'art. 26 delle Preleggi e per i requisiti sostanziali dall'art. 25, 1° comma ⁽⁶⁶⁾. Accomuna queste tendenze una considerazione dello scopo derogatorio della clausola: da cui discende lo sforzo di interpretare il Protocollo di Ginevra giungendo a risultati non dissimili da quelli che si raggiungevano in via interpretativa nel sistema processuale italiano anteriore al 1942, e da quelli che discendono dalla norma esplicita posta nell'art. 2 del Codice di procedura vigente ⁽⁶⁷⁾. Alle medesime premesse si ricollega la tendenza ad attribuire al tribunale statale innanzi a cui si formuli l'eccezione di carenza di giurisdizione il potere di giudicare circa la concreta efficacia di qualsiasi clausola di deroga in relazione a condizioni impeditive verificatesi successivamente alla stipulazione dell'accordo ⁽⁶⁸⁾.

Analoghe tesi sono state sostenute nella dottrina italiana dove, a quel che io mi sappia, la soluzione accolta in queste pa-

⁽⁶⁶⁾ Sulle tesi sostenute nella giurisprudenza italiana circa gli artt. 2 e 4 del Protocollo, e circa l'art. 1 della Convenzione del 1927 rinvio alle ampie note bibliografiche contenute nei lavori dello Jaccarino, del Mosconi e del Nobili ricordati nella bibliografia, ed inoltre a MARMO, voce *Arbitrato (Diritto internazionale privato)*. Ad esse rinvio anche per i richiami relativi alla dottrina italiana. Fra le opere meno recenti vedi SERENI, *Sulla validità e gli effetti della clausola compromissoria per arbitrato estero*.

⁽⁶⁷⁾ Vedi ad es. la significativa affermazione della CASSAZIONE, 18-5-1953, per cui anche nei casi regolati dal Protocollo di Ginevra « la convenzione per derogare alla giurisdizione italiana è un negozio processuale che va regolato secondo le norme dettate per il processo dalla legge italiana ».

⁽⁶⁸⁾ In questo senso vedi da ultimo CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 26-3-1957, per cui viene meno la competenza del tribunale arbitrale e riprende la giurisdizione dei tribunali ordinari qualora per un qualsiasi motivo il compromesso, la clausola compromissoria o l'arbitrato non siano divenuti operanti o non possano dar luogo ad effetti, intendendosi che non vi è la possibilità di un effetto qualora il lodo non possa comunque venir deliberato in Italia. Si noti, esaminando la decisione, come la giurisprudenza italiana fonda solitamente gli argomenti applicabili al sistema del Protocollo con gli argomenti che sarebbero propri della Convenzione: per un altro esempio di tale tendenza, vedi APPELLO NAPOLI, 28-8-1953, sulla quale sentenza vedi la nota del VECCHIONE, *In tema di arbitrato estero*.

gine viene accennata, e di sfuggita, solo dal Giuliano ⁽⁶⁹⁾, mentre gli altri scrittori vi alludono solo in via di ipotesi ⁽⁷⁰⁾. Così come la giurisprudenza, la dottrina italiana è infatti divisa: taluni autori (il Morelli, seguito in un primo momento dal Barile), argomentano dal valore preclusivo della clausola arbitrale, e sostengono pertanto l'applicazione delle norme del sistema derogato; altri (il Balladore Pallieri) ritengono applicabile la legge del paese in cui si deve svolgere l'arbitrato; altri infine le leggi richiamate per la disciplina dei requisiti sostanziali e formali delle obbligazioni contrattuali rispettivamente dagli artt. 25, 1° comma, e 26, 2° comma delle Preleggi.

Del tutto diversi sono i problemi che sorgono dall'interpretazione dell'art. 1 lettera *a* e *d* della Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927; e quindi lo sforzo, comune alla dottrina ed alla giurisprudenza, di interpretare unitariamente le due norme si comprende solo richiamando le tendenze sopra chiarite.

La Convenzione del 1927 contiene a questo proposito due principi differenti, alla lettera *a* e alla lettera *d* dell'art. 1 ⁽⁷¹⁾. Come fu più volte messo in rilievo, il secondo principio venne inserito nel testo quasi di soppiatto, all'evidente scopo di temperare il primo. La norma posta alla lettera *a* è di colore indubbiamente oscuro: ma un notevole ausilio all'interpretazione di essa è dato dai lavori preparatori. Alla luce di questi fra le varie tesi sostenute circa il significato della lettera *a*, mi sembra asso-

(69) Vedi GIULIANO, *La giurisdizione italiana e lo straniero*, p. 160.

(70) Nella dottrina straniera la tesi è invece stata spesso accolta, anche se di sfuggita e con notevoli limitazioni. Così il SANDERS (*La Convention de New York*, p. 306) ritiene che il rinvio al tribunale arbitrale da parte del giudice statale per il giudizio circa la sussistenza dei presupposti dell'arbitrato sia meramente facoltativo: ed aggiunge che « en tout état de cause, le dernier mot appartient aux tribunaux dans cette matière ».

(71) Per la lettera *a* dell'art. 1 è necessario, affinché ad un lodo straniero possa venire attribuita efficacia nei sistemi degli Stati aderenti « que la sentence ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valables d'après la législation qui leur est applicable ». Per la lettera *d* occorre che il lodo sia divenuto definitivo nel paese in cui esso venne pronunciato.

lutamente preferibile quella secondo cui il giudice statale, innanzi a cui si discuta circa la validità della clausola arbitrale, debba decidere circa i requisiti formali o sostanziali di essa secondo le leggi richiamate dalle proprie norme di diritto internazionale privato⁽⁷²⁾; e ciò in quanto la lettera della disposizione, ed una esegesi dei lavori preparatori, escludono che si attui quella disciplina cumulativa che venne difesa in via generale. Secondo la *lex fori* dovrà effettuarsi solamente la qualificazione preliminare circa la natura del compromesso e della clausola compromissoria⁽⁷³⁾.

La successiva lettera *d* limita notevolmente, dal punto di vista pratico, le conseguenze derivanti dal principio accolto alla lettera *a* e riduce d'assai la possibilità di una pronuncia divergente circa i requisiti del compromesso, in quanto il giudice statale non può attribuire efficacia se non ai lodi che hanno il carattere di definitività secondo il sistema estraneo: quelli cioè in cui sia stata risolta in senso affermativo qualsiasi questione circa la validità del compromesso.

Per terminare l'esame dei due accordi ginevrini occorrerà formulare qualche osservazione.

In primo luogo occorre mettere in rilievo come i due testi non distinguano fra la disciplina dei requisiti formali e la disciplina dei requisiti sostanziali del compromesso e della clausola compromissoria. Ma la differenza nel modo di operare dei due

(72) Rinviamo qui per ampie citazioni giurisprudenziali e dottrinali agli studi ricordati a proposito del Protocollo di Ginevra, ci si limita ad accennare come la tesi difesa nel testo sia stata accolta dalla CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, nella sentenza 3-5-1960: la tesi per cui i requisiti del compromesso vengono disciplinati dalla *lex fori* era stata invece accolta dalla CASSAZIONE, SEZIONI UNITE nella sentenza 23-5-1955: minore fortuna giurisprudenziale ebbe la tesi, largamente accolta in dottrina (oltre al Balladore Pallieri, più volte ricordato, vedi MONACO, *Il giudizio di delibazione*, p. 256, e MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², p. 374), per cui il giudizio circa i requisiti della clausola arbitrale deve avvenire secondo la legge che ha disciplinato l'arbitrato.

(73) Così SERENI, *La Convenzione di Ginevra per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, p. 595.

accordi, conseguente d'altronde alla loro diversa funzione, fa sì che ben diversa, come si è visto, sia la disciplina attuata rispetto ai vari requisiti.

In secondo luogo occorre rilevare come dall'interpretazione accolta in questo studio circa la norma di cui alla lettera *a* dell'art. 1 della Convenzione del 1927, discenda che il giudice italiano debba richiamare per l'accertamento della validità formale e sostanziale del compromesso le leggi rispettivamente designate dagli artt. 26 e 25 delle Preleggi. Sarà così possibile giungere in qualche caso a considerare valida dal lato formale una clausola arbitrale benchè essa non possieda i requisiti di forma richiesti dalla legge designata dalle parti.

Si pone poi il problema di accertare se il giudice italiano debba attribuire un'efficacia preclusiva al compromesso solo se quest'ultimo presenti anche i requisiti sostanziali di validità richiesti dal diritto italiano: e cioè se si attui quella disciplina concorrente caratteristica del diritto comune.

La risposta non può che essere negativa. Una convenzione in materia di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale ha lo scopo di indicare, immediatamente o mediatamente, una legge materiale applicabile ad un rapporto escludendo la possibilità di una disciplina cumulativa. Quando un accordo utilizza, come in questo caso, le norme di diritto internazionale privato degli Stati membri, esso tende ad ottenere, con uno strumento mediato che si sostituisce ad ogni altro, l'indicazione di un sistema da cui il rapporto venga disciplinato.

Per il medesimo motivo ritengo che il giudice statale adito non debba accogliere le conseguenze del principio del rinvio, neppure in quei paesi ove esso viene generalmente ammesso.

Considerazioni del tutto analoghe possono farsi in materia di capacità e di legittimazione delle parti, dove pure si afferma la diversità fra i due sistemi posti cogli accordi di Ginevra. Nel

sistema del Protocollo infatti la capacità e la legittimazione delle parti verranno in definitiva regolate dalla legge processuale che esse hanno indicata; nel sistema della Convenzione invece la capacità verrà disciplinata secondo gli artt. 17 e 20 delle Preleggi, e la legittimazione secondo la legge competente per la disciplina del rapporto sostanziale cui si riferisce la clausola.

36. Un contrasto fra i principi accolti per la disciplina dei presupposti richiesti perchè ad un compromesso per arbitrato estero venga attribuita efficacia preclusiva rispetto alla giurisdizione nazionale, ed i principi accolti in materia di riconoscimento di sentenze arbitrali straniere, sembrerebbe in un primo momento sussistere anche secondo il sistema posto dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e la esecuzione di sentenze arbitrali straniere; avvertendo che l'Italia, che pure ha attivamente partecipato ai lavori della Convenzione, non figura fra gli Stati firmatari, nè vi ha successivamente aderito⁽⁷⁴⁾. Ora indubbiamente sussiste un contrasto fra la lettera dell'art. 2, u.c., e dell'art. 5 della Convenzione⁽⁷⁵⁾: ma esso non è forse insuperabile.

⁽⁷⁴⁾ Sulla Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere vedi, oltre a KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire...*, MARMO, *La Convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, ove si sconsiglia una ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, mentre favorevoli sono il GIANNINI, *La Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali*, e il MINOLI, di cui vedi *La nuova Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere* (dove è riportato il testo francese della Convenzione), e *L'Italia e la Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere*; e, fra gli autori stranieri, SANDERS, *La Convention de New York*.

⁽⁷⁵⁾ Per l'art. 2 della Convenzione:

1. Chacun des États contractans reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée

Nell'art. 2, inserito nella Convenzione solo in un secondo momento, si trova una precisa indicazione di taluni requisiti necessari perchè ad un accordo arbitrale venga attribuita un'efficacia preclusiva della giurisdizione degli Stati membri: si richiede a questo scopo la forma scritta (ed il 2° comma precisa i requisiti della scrittura), e che l'oggetto della lite sia una questione « susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

Ora mi sembra indubbio che i requisiti formali dell'accordo vengano immediatamente regolati dalla Convenzione; mentre per l'accertamento del requisito dell'arbitrabilità delle controversie il giudice dovrà applicare i principi che secondo il proprio diritto regolano questa materia. Circa gli ulteriori requisiti sostanziali ed i requisiti soggettivi dell'accordo, l'articolo 2 è muto: e non è difficile attribuire la lacuna alla affrettata elaborazione della norma, il cui oggetto non era stato compreso all'inizio nel tema della Conferenza, dedicata al « riconoscimento e alla esecuzione delle sentenze arbitrali », e non rientrava pertanto nel progetto di convenzione distribuito all'inizio dei lavori ⁽⁷⁶⁾.

dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que la dite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliqué.

Per l'art. 5:

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a) Que les parties à la convention visée à l'article 2 étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que la dite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue...

⁽⁷⁶⁾ Sul punto vedi MINOLI, *La nuova Convenzione*, p. 955. Così stando le cose, appare evidente che la Convenzione di New York costituisce solo un primo passo verso il superamento dell'istituto dell'arbitrato estero, e verso la sua sostit-

La lacuna si può in parte colmare mediante un'interpretazione analogica, utilizzando l'ultimo comma dell'articolo e il successivo art. 5. Per l'ultimo comma dell'art. 2 la clausola non ha alcuna efficacia preclusiva in caso di caducità, di inefficacia successiva, e di impossibilità di applicazione, mentre l'articolo 5 subordina, alla lettera *a*, il riconoscimento della sentenza arbitrale all'accertamento, insieme ad altri, dell'esistenza dei requisiti di capacità delle parti e dei requisiti di validità dell'accordo secondo la legge designata dalle parti, o, in mancanza, della legge dello Stato in cui la sentenza arbitrale venne pronunciata.

La necessità di una interpretazione unitaria del sistema si afferma qui in maniera precisa, essendo le norme circa l'efficacia delle clausole arbitrali inserite nel medesimo accordo internazionale che regola il riconoscimento dei lodi stranieri, e non potendo quindi sostenersi, come invece appariva giustificato rispetto alle Convenzioni di Ginevra, che una differenza fra i sistemi derivi dalla diversità dello scopo delle due Convenzioni. La lacuna esistente nell'art. 2 può quindi venire colmata mediante l'applicazione analogica dei principi accolti nella lettera *a* dell'art. 5: così come d'altronde hanno generalmente inteso gli scrittori che hanno esaminato la materia. Pertanto il giudice statale innanzi a cui viene sollevata una eccezione circa la sussistenza dei requisiti soggettivi di un compromesso deve risolvere la questione relativa secondo la disciplina indicata dalle norme di diritto internazionale privato del proprio ordinamento; pure secondo tali norme si disciplinerà l'invalidità successiva e l'inefficacia della clausola arbitrale, mentre

tuzione con l'istituto dell'arbitrato internazionale, intendendosi con questa espressione l'arbitrato disciplinato direttamente dal diritto uniforme d'origine contrattuale: su questo punto vedi FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé*, p. 14 ss. Certamente però tale era lo scopo che si erano prefissi gli autori della Convenzione: e ciò giustifica lo sforzo per supplire in via interpretativa a talune lacune di una redazione affrettata, e per superare gli inevitabili compromessi.

l'invalidità per vizi contestuali alla sua formazione verrà disciplinata dalla legge cui le parti hanno inteso sottoporre l'arbitrato, e in subordine dalla legge del luogo ove venne pronunciata la sentenza arbitrale. La disciplina dei requisiti formali della clausola è invece posta direttamente dalla Convenzione che solo su questo punto ha potuto attuare pienamente il programma che si erano proposto i promotori, di disciplinare in modo diretto ed immediato il fenomeno arbitrale.

Rimane da risolvere un ultimo problema, relativo all'interpretazione della lettera *a* dell'art. 5, la cui portata si estende, come si è visto, al giudizio relativo alla efficacia preclusiva del compromesso. Si è infatti autorevolmente sostenuto ⁽⁷⁷⁾ che nel richiamare per la disciplina della clausola la legge del luogo in cui venne pronunciata la sentenza arbitrale, la Convenzione abbia inteso ammettere il rinvio che questa legge effettui ad un'altra, per esempio alla legge nazionale delle parti, o alla legge del luogo di stipulazione del compromesso, o alla legge applicabile al contratto in cui viene inserita la clausola. Tale interpretazione mi sembra inaccoglibile da un punto di vista generale ed in particolare per ciò che riguarda l'Italia.

Da un punto di vista generale si osservi come normalmente una convenzione internazionale venga posta per designare direttamente una legge materiale che disciplini i casi concreti, il quale proposito fu poi chiarissimamente espresso nei lavori della Convenzione di New York che cercò appunto, pur senza raggiungere in pieno lo scopo, di delineare una figura dell'arbitrato internazionale, sottratto ad ogni disciplina statale e sottoposto solo alla volontà delle parti. A maggior ragione quindi si deve escludere l'applicazione del principio del rinvio, che una convenzione internazionale ammette solo in casi eccezionali, rispetto a contingenze particolari e comunque previsti in maniera espressa ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ In questo senso vedi MINOLI, *La nuova Convenzione*, pp. 957-958.

⁽⁷⁸⁾ In questo senso vedi le mie osservazioni in *Note critiche sul problema del rinvio*, p. 222. Sul punto vedi anche le discussioni svoltesi in seno al Comité

D'altra parte è interessante notare come il problema dell'accoglimento del principio del rinvio fosse già stato esaminato rispetto all'art. 1, 2° comma della Convenzione di Ginevra, e risolto negativamente ⁽⁷⁹⁾. Da un punto di vista più strettamente italiano ritengo che la possibilità dell'accoglimento del principio del rinvio venga esclusa dall'espressa disposizione contenuta nell'articolo 30 delle Preleggi, in cui si pone un principio generale il quale deve venire derogato in maniera altrettanto espressa, così come avviene in talune convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito.

La disciplina accolta nel sistema di New York riguardo al problema dei requisiti della clausola arbitrale, pur potendo venire chiarita solamente attraverso un'interpretazione estensiva dei vari principi accolti, discende dall'utilizzazione di argomenti testuali, e si può richiamare ad una formulazione assai più analitica di quella accolta nelle Convenzioni di Ginevra. Si è così potuta superare l'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo di Ginevra secondo cui il sistema del Protocollo postula una collaborazione e una integrazione processuale fra i tribunali degli Stati membri e gli organi arbitrali ⁽⁸⁰⁾.

Data la possibilità di ricostruire in via interpretativa un sistema che consente al giudice adito di valutare, in modo immediato o mediante un richiamo, i requisiti della clausola arbitrale, si deve escludere che il giudizio relativo debba avvenire secondo il sistema designato dalle parti; soluzione che, come si è visto, veniva sostenuta in base al combinato disposto degli artt. 2

français de droit international privé, e riportate dal FRANCESCAKIS, *La Convention de La Haye de 1955*, p. 173.

⁽⁷⁹⁾ Vedi ad esempio NOBILI, *Riconoscimento di lodo straniero*, in base al motivo che l'accoglimento del principio del rinvio contrasterebbe con le particolarità della fattispecie, e JACCARINO, *Della legge applicabile ai compromessi...*, p. 234, il quale afferma che l'esclusione del principio del rinvio discenderebbe da un'applicazione « dei più elementari principi del diritto internazionale privato ».

⁽⁸⁰⁾ In senso contrario, come ho già ricordato, il SANDERS (*La Convention de New York*, p. 306) per cui in entrambi i sistemi si ha un concorso di leggi applicabili, che sarà risolto caso per caso dalla saggezza del tribunale statale adito.

e 4 del Protocollo di Ginevra. La Convenzione di New York si è quindi necessariamente richiamata ad un *plafond* comune dei diritti degli Stati membri, il che ha permesso di attribuire un grande rilievo al principio dell'autonomia delle parti, mentre è prevista quale meramente sussidiaria l'applicazione delle norme di un sistema statale obbiettivamente determinabile. Una diversa valutazione circa i requisiti della clausola arbitrale non dovrebbe pertanto più sussistere nel sistema della Convenzione, mentre rispetto all'art. 2 C.p.c. essa appare la necessaria conseguenza della diversità delle legislazioni statuali ⁽⁸¹⁾.

Negli accordi di Ginevra e nella Convenzione di New York si possono notare varie componenti, mentre la lettera delle singole norme si presta ad opposte interpretazioni. Un chiarimento all'esegesi ed un aiuto alla ricostruzione sistematica può venire offerto dal movimento scientifico internazionale, ed in specie dai lavori dell'*Institut de droit international*, le cui Risoluzioni del 1957 e del 1959 tennero largamente conto dei lavori preparatori della Convenzione di New York ⁽⁸²⁾. Su questi ultimi esercitarono, a loro volta, grande

⁽⁸¹⁾ Il criterio generale interpretativo sopra messo in luce permette di escludere la tesi, pure quasi generalmente ammessa, per cui l'effetto preclusivo della clausola arbitrale dovrebbe valutarsi secondo la *lex fori* (così, sia pure con qualche esitazione, MEZGER, *La jurisprudence française*, p. 284, nota). È infatti conforme alle esigenze interpretative di una convenzione tendente ad istituire un diritto comune in materia arbitrale che i requisiti della clausola compromissoria, quale che sia lo scopo preclusivo o devolutivo per cui essi vengono valutati, siano disciplinati in maniera uniforme, mediante criteri immediati o mediati, ma comunque direttamente posti dalla convenzione. E che tale sia stato lo scopo della Convenzione di New York, anche se non sempre coerentemente perseguito sino ad ogni conseguenza, venne già rilevato.

⁽⁸²⁾ Interessano qui gli artt. 4, 5 e 7 della Risoluzione votata ad Amsterdam nella sessione del 1957 (*Annuaire de l'Institut*, vol. 47, tomo I, p. 481 ss.) e l'art. 1, 2° comma (che aggiungendosi ai dodici articoli votati ad Amsterdam assume il numero 13) della Risoluzione votata a Neuchâtel nella sessione del 1959 (*Annuaire de l'Institut*, vol. 48, tomo II, p. 369 ss.).

Per l'art. 4 della Risoluzione di Amsterdam « la capacité de compromettre est régie par la loi indiquée d'après les règles de rattachement en vigueur au lieu du siège du tribunal arbitral ». Per l'art. 5 « la validité de la clause compromissoire est régie par la loi du siège du tribunal arbitral. Sous cette réserve le pouvoir

influenza i lavori precedenti dell'*Institut*, ed in particolare l'amplessima relazione presentata dal Sauser Hall nella sessione di Siena del 1952, nonché le proposte ed i progetti formulati in sedi diverse da enti arbitrali e da organizzazioni scientifiche⁽⁸³⁾.

Il sistema previsto nelle risoluzioni dell'*Institut de droit international* mira ad evitare, come è ovvio in un progetto che cerchi di porre i presupposti di un sistema unitario, una duplice valutazione dei requisiti del compromesso, e si caratterizza per una larga affermazione della legge richiamata dall'ordinamento dello Stato in cui ha luogo o deve aver luogo l'arbitrato, la quale legge si estende alla disciplina della capacità delle parti (ed in ciò vennero superate le stesse proposte del relatore Sauser Hall pure così favorevole alla legge del luogo dell'arbitrato⁽⁸⁴⁾), ed alla disciplina dei requisiti sostanziali della clausola arbitrale. Alle parti insomma viene attribuito il potere di determinare la sede dell'arbitrato: ma in realtà si tratta di un potere puramente nominale, il cui esercizio viene demandato agli arbitri, ai quali non è imposta alcuna limitazione per la scelta del luogo ove si

de compromettre est régi par la loi applicable au fond du litige: cette loi est déterminée par les règles de rattachement de l'État où siège le tribunal arbitral ». Per l'art. 7 « la forme de la convention d'arbitrage est régie par la loi en vigueur dans le pays où l'acte a été conclu. Néanmoins, le compromis ou la clause compromissoire qui ne répond pas aux exigences de forme de cette loi est valable, si les formes exigées par la loi du siège du tribunal arbitral ont été observées ». Per l'art. 13, II comma della Risoluzione di Neuchâtel « si l'une des parties soulève devant les tribunaux l'exception de l'invalidité du compromis ou de la clause compromissoire, le juge tranche la question par application de la loi qui est compétente en vertu de la Résolution d'Amsterdam: il peut aussi renvoyer les parties à la juridiction arbitrale, sous réserve des droits de recours aux tribunaux prévus par la loi du siège du tribunal arbitral ».

⁽⁸³⁾ Per una raccolta e un commento di essi fino al 1954 rimando agli *Atti del convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*. Per gli atti e i progetti successivi, e per l'elaborazione della dottrina, vedi la sintesi del MINOLI, *Il movimento internazionale per l'arbitrato e nella dottrina straniera*, BRUNS et MOTULSKY, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international*.

⁽⁸⁴⁾ Secondo il SAUSER HALL infatti « la capacité... est réglée par la loi applicable en vertu des principes de droit international privé en vigueur dans le pays où la question se pose » (*Rapport*, p. 547).

svolgerà la procedura ⁽⁸⁵⁾: tale scelta, a sua volta, determina la legge applicabile all'arbitrato. Appariva naturale che, accolto questo principio, agli arbitri dovesse venire attribuito anche il potere di decidere circa i requisiti sostanziali di validità del compromesso, così come si è qui sostenuto debba avvenire nel sistema del Protocollo di Ginevra. Si accolse invece una soluzione intermedia, per la preoccupazione di non allontanarsi troppo dal sistema della Convenzione di New York, che nel frattempo era stata approvata, e dalle richieste degli organismi arbitrali ⁽⁸⁶⁾.

Circa i requisiti formali dell'accordo delle parti, si cercò di disciplinarli mediante un criterio obbiettivo, — quale quello della *lex loci actus* — che può venire derogato in senso favorevole alla validità dalla legge del luogo ove si svolge l'arbitrato.

In conclusione i lavori dell'*Institut de droit international* sembrano essere ispirati a principi ben diversi da quelli accolti nella Convenzione di New York anche se talvolta si è giunti a soluzioni affini. Questa sostanziale diversità non mi sembra sia stata finora messa in luce in maniera adeguata. Il mettere in rilievo la contrapposizione fra i due sistemi appare invece necessario per chiarire l'esatto significato sia delle norme accolte nella recente Convenzione, sia dei principi affermatasi nei lavori dell'*Institut de droit international*, la cui funzione rispetto all'elaborazione ed alla interpretazione delle norme convenzionali venne già precisata.

⁽⁸⁵⁾ Sul punto vedi MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, p. 207.

⁽⁸⁶⁾ Vedi su questi punti le discussioni svoltesi in seno all'Istituto e riportate in *Annuaire de l'Istitut*, vol. 48, tomo II, pp. 291-295. Si ha però l'impressione che il relatore Sauser Hall, preoccupato di difendere « la loi du siège, qui est le seul point solide et intangible de l'arbitrage » non abbia ammesso talune differenze essenziali che si possono rilevare fra la Risoluzione accolta ed il sistema della Convenzione di New York, ispirato invece al principio dell'autonomia delle parti.

VI

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 37. Aspetti e tendenze generali della dottrina italiana rispetto al problema dell'autonomia della volontà ed al problema della validità dell'atto di deroga. — 38. L'atteggiamento unitario della dottrina italiana e della giurisprudenza pur nei loro diversi sviluppi e nell'affermata distinzione dei due problemi. — 37. Esame dei dati assunti e delle soluzioni accolte in questo studio, e motivi dei risultati raggiunti. — 40. In particolare sul metodo seguito e sull'opportunità di una indagine storico-sistematica delle norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale.

37. L'analisi dei dati dei problemi qui proposti, e l'esame critico che venne compiuto rispetto alle diverse soluzioni accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, possono condurre a formulare qualche considerazione la quale si rifletta in un più vasto campo d'indagine.

Due rilievi assumono, sotto questo profilo, una grande importanza e sono due rilievi che solo apparentemente si presentano come contraddittori.

In primo luogo si consideri la via seguita per esaminare e risolvere in modo unitario le due questioni concernenti la utilizzazione della volontà delle parti, nel caso di richiamo a norme materiali straniere e nel caso di deroga alla giurisdizione italiana a favore di un procedimento estraneo. Si è giunti ad individuare una affinità fra i due problemi esaminando il modo in cui nell'ipotesi prevista dall'art. 25, 1° comma delle Preleggi l'ordinamento italiano si ricollega a norme materiali straniere ed il modo in cui l'art. 2 C.p.c. richiama sistemi arbitrari e giurisdizionali estranei, e ponendo in evidenza lo strumento che il sistema italiano utilizza a questo fine e che è,

contrariamente alla opinione prevalente, il medesimo, in quanto si identifica in un accordo delle parti del contratto nel primo caso, dei soggetti della controversia nell'altro.

In questo studio si è cercato di dimostrare che il mezzo di richiamo previsto nella fattispecie delle due norme è identico in ambedue le ipotesi. Il rilievo ha portato ad esaminare la tecnica del procedimento attuato in esse: e si è potuto constatare che all'identità della situazione reale prevista ed utilizzata nella fattispecie ⁽¹⁾ corrispondono, nella parte precettiva delle due norme, conseguenze affini: ed infatti secondo l'art. 25, 1° comma delle Preleggi, un contratto viene disciplinato da un sistema straniero, ed è perciò sottratto alla disciplina delle norme materiali italiane, e secondo l'articolo 2 del Codice di procedura una controversia viene sottratta alla soluzione giudiziale propria del sistema italiano in quanto le parti la sottopongono ai mezzi di risoluzione propri di un ordinamento estraneo.

Nel procedimento seguito dall'interprete in entrambi i casi, il giudizio che si compie, conformemente alla previsione della norma, circa la sussistenza della situazione reale, condiziona l'attuazione del precetto in modo identico: ossia alla validità del richiamo che le parti abbiano effettuato ad una legge straniera o a un sistema processuale estraneo viene subordinata, attraverso un medesimo nesso di pregiudizialità, la pratica attuazione della statuizione disposta nel precetto delle due norme.

Una notevole importanza, ai fini della tesi accolta, assume l'analisi delle ragioni che hanno indotto la dottrina dominante a negare una qualsiasi affinità fra il problema della vali-

(¹) Uso le espressioni *fattispecie* (o *previsione*) e *situazione reale* per indicare nel primo caso la categoria astratta prevista nella norma, nel secondo caso quel modo di essere del mondo esteriore, concretamente realizzatosi e sussunto nella fattispecie, a cui si ricollega l'operatività del precetto (*Tatbestand* e *Sachverhalt* della letteratura giuridica tedesca: vedi sul punto KEGEL, *Der Gegenstand des internationalen Privatrechts*, p. 20).

dità dell'accordo delle parti nel diritto internazionale privato ed il problema della validità della deroga nel campo processuale. Esse si identificano nell'utilizzazione di talune premesse generali relative alla diversa natura e alla diversa funzione attribuite dalla dottrina e, sebbene più inconsciamente, dalla giurisprudenza alle norme di diritto internazionale privato ed alle norme di diritto processuale civile internazionale.

Neppure il richiamo alla premessa circa una diversità di natura e di funzione delle norme di collegamento e delle norme processuali è però sufficiente, a mio avviso, a spiegare la ragione per cui in diritto italiano si afferma recisamente, nell'analizzare i singoli principi dei due sistemi, come ci si trovi di fronte a due ordini di problemi essenzialmente diversi, fra i quali non esisterebbe alcuna affinità. Ed infatti io stesso ho cercato di dimostrare, pur in una sostanziale fedeltà alle premesse della scuola positivista, come nell'ordinamento italiano l'evoluzione del sistema di diritto internazionale privato abbia storicamente condizionato l'evoluzione del sistema di norme relative all'ambito della giurisdizione⁽²⁾. Ritengo quindi che non ci si possa rendere conto della distinzione senza considerare anche il modo concreto con cui i vari scrittori hanno utilizzato le premesse generali assunte, attribuendo maggior valore alle une o alle altre nella soluzione dei vari problemi.

Ad una tesi diversa da quella comunemente accolta si deve giungere ove si ricostruisca il rapporto che sussiste fra la previsione ed il precetto della norma sia rispetto all'art. 25, 1° comma delle Preleggi, sia circa l'art. 2 del Codice di procedura: rapporto cui corrisponde un *iter* interpretativo diverso da quello che viene generalmente descritto. È apparso opportuno approfondire tale osservazione, ad esaminare la tecnica seguita dall'interprete nell'esame di due fenomeni del tutto affini: e si è quindi cercato di

(2) MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti...*, p. 249 ss. e partic. p. 251. Alla tesi ha aderito, arrecando una serie di dati ulteriori, il BIANCHI, *Giurisdizione e nazionalità in ordinamenti giuridici diversi*, partic. p. 320.

delineare le caratteristiche della fattispecie delle due norme e dell'accadimento storico da esse contemplato, e la concreta fisionomia del mezzo di richiamo che esse utilizzano. In tale modo si è giunti a porre nel giusto rilievo il procedimento tecnico attraverso cui si attribuisce un valore all'autonomia delle parti nel diritto internazionale privato e nel diritto processuale civile internazionale: e poichè identico appare in entrambi i casi l'atteggiamento delle parti e del tutto affine il modo in cui il diritto prevede ed utilizza tale atteggiamento, si è logicamente giunti a delineare una impostazione unitaria del problema.

Il metodo di indagine accolto ha permesso di individuare una analogia fra i due problemi pur rimanendo fedeli alle premesse generali da cui muovono sia la concezione positivista del diritto internazionale privato, sia la teoria generalmente accolta in Italia circa la natura e la funzione del diritto processuale civile internazionale; concezioni che si possono ambedue ricondurre ad unità, per lo meno quanto all'idea ispiratrice.

Rimane da considerare come nell'indagine si sia attribuito un rilievo essenziale all'accordo delle parti, utilizzato nella previsione della norma di richiamo ed alla cui validità viene subordinata l'efficacia del precetto. L'affermazione che non ci si debba limitare l'esame alla parte dispositiva della norma ma che ciò si possa compiere senza allontanarsi in alcun modo dalle premesse positiviste, non comporta in alcun modo quella contraddizione logica cui invece si è di recente accennato ⁽³⁾. Questo argomento richiede però qualche ulteriore rilievo.

⁽³⁾ Una simile posizione critica era stata condivisa anche da chi scrive queste righe (vedi MIGLIAZZA, *Recensione* a FRANCESCAKIS. La théorie du renvoi en droit international privé), rispetto alla tesi del F., che distingue, ma non contrappone una concessione rigidamente positivista ed una concezione maggiormente ispirata alla necessità di un esame del rapporto da disciplinare, e ciò rispetto ad un problema fondamentale quale quello del rinvio (vedi *La théorie du renvoi*, cit., p. 11 ss.). La tesi è stata più ampiamente ripresa dal FRANCESCAKIS nel saggio *Droit naturel et droit international privé*, ove si individua, come in tutta l'opera dell'autore, l'oggetto del diritto internazionale privato nella disciplina del rapporto internazionale. Tale disciplina si attua mediante varie tecniche di cui una

38. La tesi pubblicistica venne enunciata in Italia ed esposta nei fondamentali saggi del Perassi e nella ricostruzione dell'Ago — i cui lavori si integrano e si completano — in polemica cosciente e decisa colle concezioni del Mancini. Una opposizione altrettanto cosciente e decisa alle opinioni del Mancini si era avuta subito in Italia, ed era stata formulata con estrema precisione dall'Anzilotti il quale pure, in materia di autonomia della volontà, aveva accolto una configurazione della circostanza di collegamento diversissima da quella dell'Ago e del Perassi. Un analogo superamento dei presupposti del Mancini si ebbe da parte degli scrittori — in particolar modo il Betti e il Balladore Pallieri — che accolgono una concezione privatistica circa la funzione della norma di diritto internazionale privato, la quale avrebbe il compito non di designare una norma straniera per la disciplina di rapporti estranei, bensì di regolare con una speciale tecnica rapporti concreti. Ma in realtà le varie posizioni degli autori italiani, nel cui pensiero operano componenti diversissime, e che si esprimono mediante paradigmi quanto mai varî possono, dopo il Mancini e sino a questi ultimi tempi, venire ricondotte ad unità proprio attraverso il modo con cui viene configurato il sistema dei rapporti fra un ordinamento originario e gli altri ordinamenti nel campo del diritto internazionale privato e nel campo del diritto processuale civile internazionale. In ogni caso infatti si è affermato il carattere giuridico del sistema di richiamo ⁽⁴⁾, in armonia colle premesse positiviste accolte quasi senza eccezioni nella dottrina italiana di diritto internazionale privato.

viene data dalla norma di conflitto. Sulla concezione privatistica del F., la quale riflette una tendenza assai viva nella dottrina moderna, vedi da ultimo GOLDSCHMIDT, *Jacques Maury...*, p. 169 ss.

(4) L'affermazione che in un ordinamento originario le norme di un altro ordinamento non possano venire richiamate se non in base ad un procedimento normativo, venne chiarita in modo difficilmente superabile dal ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 145 ss., cui rimando anche per riferimenti dottrinali. Sull'influenza del pensiero del Romano sulla scienza italiana di diritto internazionale privato vedi anche le osservazioni del PAU, *Caratteri del diritto internazionale privato*, p. 28 ss.

Questa premessa comune spiega come nelle soluzioni date al problema dell'autonomia della volontà la dottrina italiana abbia, fino a questi ultimi anni, seguito una linea non interrotta di sviluppo, partendo sempre dal rilievo del carattere giuridico del richiamo a leggi straniere effettuato dalle norme di diritto internazionale privato, richiamo di cui si è cercato di determinare il modo e il valore. Si spiega altresì come i problemi relativi alla disciplina dei requisiti dell'atto di deroga siano stati risolti in maniera diversa, ma sempre in base all'argomento essenziale che lo scopo tipico della norma, la quale attribuisce tale potere alle parti, è quello di limitare l'ambito della giurisdizione italiana. Non si è quindi attribuito un rilievo all'intento concreto perseguito dalle parti, che pure viene previsto nella fattispecie della norma, e che si esprime nello scopo, perseguito coll'accordo, di sottoporre una lite ad un procedimento estraneo.

Una diversa formulazione delle medesime premesse nell'interpretare l'art. 25, 1° comma delle Preleggi e l'art. 2 del Codice di procedura ha da una parte indotto la dottrina a considerare la volontà che si estrinseca in un accordo come un criterio di collegamento giuridico — in contrapposto ai criteri detti « di fatto » — escludendo ogni rilievo alla valutazione del sistema richiamato circa i requisiti dell'accordo, e dall'altra invece ad ammettere che, sia pure come un presupposto di fatto, la valutazione del sistema estraneo assuma una rilevanza determinata rispetto all'attuazione della norma che prevede la possibilità di una deroga. Con quest'ultimo atteggiamento si è accolta sino alle ultime conseguenze l'affermazione circa il carattere di completezza del sistema, superando la concezione originaria del Perassi per cui l'ambito di ogni ordinamento viene delimitato sul piano sociologico, data la caratteristica che gli è propria di essere la sovrastruttura di una società⁽⁵⁾; ma non si è in alcun modo superata la premessa comune, tipicamente

(5) Sul punto vedi soprattutto PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, pp. 10-15. Sul pensiero del Perassi vedi MORELLI, *Tomaso Perassi*, p. 9.

positivista, del valore normativo del richiamo. Sempre accogliendo tale premessa si è, in un secondo momento, chiarito come attraverso le norme di diritto internazionale privato si possano introdurre nel sistema italiano non solo strumenti di produzione normativa, ma anche singole valutazioni di sistemi stranieri circa situazioni concrete ⁽⁶⁾, e precisare come ciò non influisca circa la tecnica di funzionamento della norma di diritto internazionale privato.

A questo sforzo si sono ricollegati gli studi più recenti che hanno cercato di attenuare l'affermazione della scuola positivista per cui l'interpretazione del diritto richiamato esula del tutto dall'oggetto della norma di collegamento. Si pensi soprattutto ai recenti lavori del Barile e dello Ziccardi, i quali hanno entrambi sostenuto in diversa maniera la necessità di considerare con maggiore attenzione l'aspetto concreto delle situazioni estranee, e di valutarne il rilievo giuridico con riferimento al rapporto da disciplinare ⁽⁷⁾.

La dottrina italiana non ha però ancora affermato che le valutazioni del diritto estraneo esercitino una rilevanza diretta sul fenomeno del richiamo. Una decisa tendenza in questo senso si era indubbiamente avuta, nel diritto italiano, ad opera del Quadri, il quale, a proposito del problema del rinvio, aveva sostenuto che il funzionamento della norma di diritto interna-

⁽⁶⁾ Per un'analisi di questo problema vedi SPERDUTI, *Funzione delle norme di diritto internazionale privato e rilevanza interna degli atti stranieri di amministrazione pubblica del diritto privato*.

⁽⁷⁾ Per le citazioni del BARILE, vedi *supra*, par. 20. Dello ZICCARDI vedi particolarmente, in relazione al problema della disciplina delle obbligazioni contrattuali, *Criteri speciali di competenza giurisdizionale*, pp. 75-76: « Deve essere riconosciuto che la valutazione in base alla *lex fori* dell'esistenza di un contratto, sia poi esso valido o invece nullo o annullabile per invalidità, costituisce un momento distinto nel funzionamento della norma di diritto internazionale privato e che essa ha carattere preliminare rispetto all'attuazione del collegamento con un diritto straniero e rispetto alla valutazione sostanziale conclusiva del fatto ». Per analoghe considerazioni in un campo più vasto, vedi, del medesimo autore, *Introduzione critica al diritto internazionale*, pp. 45-46, ove viene delineata una teoria universalistica circa la natura e la funzione del diritto internazionale privato.

zionale privato è condizionato al fatto che la norma materiale dell'ordinamento richiamato regoli il rapporto per il quale essa venne designata⁽⁸⁾: ma questa tesi non venne utilizzata dalla dottrina successiva in tutte le sue implicazioni.

È interessante notare come gli scrittori che hanno accolto una concezione privatistica del diritto internazionale privato abbiano grandemente cooperato a chiarire la reale funzione e l'aspetto concreto della volontà delle parti in materia di obbligazioni contrattuali, ma non abbiano da questa indagine dedotto la conseguenza che la valutazione della volontà delle parti nel sistema estraneo possa influire rispetto al meccanismo del richiamo. Nelle ultime opere del Betti e del Ballardore Pallieri si nota, anzi, un avvicinamento alle posizioni della corrente pubblicistica rispetto al 1° comma dell'art. 25 delle Preleggi. Significativo in questo senso, l'atteggiamento del Ballardore Pallieri, il quale scrittore ha negli ultimi lavori accolto senza alcuna riserva la formulazione della dottrina prevalente in ordine alla qualificazione della volontà delle parti utilizzata per il richiamo superando così la tesi da lui precedentemente accolta, secondo cui la valutazione dei requisiti dell'accordo dovrebbe effettuarsi secondo i due criteri di carattere obiettivo posti nella norma di diritto internazionale privato sulle obbligazioni contrattuali.

Non è senza una precisa ragione il fatto che si possa individuare una linea costante — almeno sino agli ultimi anni — nello sviluppo della dottrina italiana di diritto internazionale privato e di diritto internazionale civile processuale. La scuola

(8) Vedi sul punto QUADRI, *Critica del c.d. problema del rinvio*, e, sul lavoro del Quadri, le mie *Note critiche sul problema del rinvio*, p. 242. Di notevole significato la posizione critica, assunta nei confronti della teoria del Quadri dal PERASSI, *Intorno al sistema del rinvio*, negando che la norma di collegamento possa venire condizionata dalla sfera di applicazione della norma richiamata. L'unico rilievo che può assumere l'esame di quest'ultima riflette il suo valore giuridico (*op. cit.*, p. 19): valore giuridico riferito non alla valutazione concreta, ma alla classe di norme considerata, come ebbi già occasione di notare (*Note critiche*, p. 255 ss.).

italiana, che nei lavori fondamentali dell'Anzilotti e del Perassi ha coscientemente riaffermato il legame del dato giuridico col dato sociologico, ha sempre posto in evidenza il rilievo essenziale che in questi due campi del diritto presenta la legislazione dei singoli Stati, ed ha quindi enunciato un sistema dei rapporti fra ordinamento ed ordinamento attribuendo un valore determinante alla disciplina dell'accordo propria del sistema del giudice. La dottrina italiana ha quindi costruito i propri paradigmi seguendo una via che era imposta dalla premessa statualistica accolta (⁹).

Alla medesima premessa si ricollegano in certo modo i tentativi ultimi di dare al diritto internazionale privato una nuova configurazione. Si pensi soprattutto al Quadri, ed al suo sforzo di creare una teoria internazionalistica del diritto internazionale privato, definendo come tale una teoria che consideri essenziali le esigenze della vita interindividuale viste non in funzione del diritto di ogni singolo Stato, bensì della vita interstatale o superstatale (¹⁰). Sembra chiaro che una simile concezione, che esattamente l'autore contrappone alle concezioni universalistiche, non possa trascurare la funzione esplicata dalla norma statutale di diritto internazionale privato, e debba anzi assumere quale base della ricerca la funzione esplicata dalla norma di richiamo. Gli sviluppi essenziali della teoria internazionalistica sono perciò

(⁹) Si deve all'Ago (*Teoria del diritto internazionale privato*, p. 27 ss.) la più chiara affermazione che una teoria nazionalistica del diritto internazionale privato discende dal dato che solo nelle singole legislazioni statuali sussistono « concretizzazioni positive » del diritto internazionale privato e non da altro. Sul punto, anche per un'indagine relativa alle affermazioni di tale teoria nei paesi a *common law*, vedi YNTEMA, *Die historischen Grundlagen*, p. 531 ss.

(¹⁰) QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³, pp. 53-54. Circa la necessità di una indagine internazionalistica (e cioè estesa ai vari aspetti della vita di relazione superstatale) da parte degli studiosi che affrontano i problemi di diritto internazionale privato con metodo positivista, e circa la incompatibilità di una indagine internazionalistica con l'accettazione dei presupposti universalistici circa la natura e la funzione della norma di diritto internazionale privato, vedi МАКАРОВ, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, soprattutto pp. 9, 14 e 15.

del tutto compatibili con le affermazioni della dottrina prevalente, sia essa incline con il Perassi e coll'Ago ad una costruzione che non trascuri il substrato sociologico della norma, o tenda invece con il Morelli ad una visione normativistica del fenomeno giuridico, o infine contrapponga, come il Balladore Pallieri, una concezione privatistica alla concezione pubblicistica del diritto internazionale privato. In ogni caso infatti la dottrina italiana accoglie ed elabora, sia pure in modi del tutto diversi, una tesi positivista sulla natura del diritto e quindi concepisce l'utilizzazione di leggi straniere come un effetto della norma di diritto internazionale privato.

La medesima premessa viene d'altronde riaffermata dagli scrittori più recenti che hanno affrontato l'argomento. Si pensi al Bentivoglio, il quale scrittore giunge addirittura a descrivere un nesso del tutto affine a quello di pregiudizialità fra le valutazioni dell'ordinamento dell'interprete e quelle dell'ordinamento richiamato, quando il criterio di collegamento si identifica in un accordo di volontà delle parti. E circa la riluttanza di questo autore ad ammettere *apertis verbis* l'esistenza di un nesso di pregiudizialità, è interessante richiamare l'osservazione generale del Balladore Pallieri, il quale mise in luce come il momento pregiudiziale dell'indagine assuma rilievo anche nell'opera degli scrittori che pure non l'avevano particolarmente analizzato ⁽¹¹⁾.

Il rilievo che si attribuisce al nesso di pregiudizialità intercorrente fra le valutazioni del sistema estraneo e quelle proprie dell'ordinamento del giudice, riflette la reale struttura della norma nel suo adeguamento al mondo dei fatti. In tale modo

⁽¹¹⁾ Il BALLADORE PALLIERI, *I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano*, p. 51, sviluppa quest'osservazione esaminando i lavori dell'Ago. Ma lo stesso si potrebbe dire per gli scrittori più significativi della medesima scuola: ad es. per l'ARANGIO RUIZ di cui vedi *La cambiale nel diritto internazionale privato*, p. 43 ss. e partic. p. 110 ss. Questo autore identifica nel fenomeno che nel presente studio viene chiamato della pregiudizialità una utilizzazione del contenuto delle norme materiali idonee a regolare la questione principale.

l'interprete estende la propria indagine sino a comprendere i vari aspetti della situazione complessa assunta nella fattispecie della norma: indagine perfettamente inseribile nella evoluzione della dottrina italiana, come è stato dimostrato da vario tempo ⁽¹²⁾.

Pur ammettendo come tanto nel campo processuale quanto nel diritto internazionale privato i rapporti fra i principi accolti da due sistemi giuridici avvengano in virtù di un procedimento normativo, un esame del modo concreto attraverso cui opera la norma consente di giungere, rispetto ai vari problemi, a soluzioni diverse da quelle tradizionali. Una *Paragraphenjuristerei* permette quindi di completare i risultati di una indagine che, specie nel diritto internazionale privato, venne sino ad ora molto spesso condotta con metodo meramente deduttivo.

Tranne pochissime eccezioni la dottrina italiana di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale è infatti rimasta fedele ai principi della giurisprudenza concettuale. Che sia necessario rivedere i risultati così raggiunti in base ad una *Interessenjurisprudenz* adeguandosi alle necessità di valutazione del caso concreto, viene da molte parti riconosciuto ⁽¹³⁾, e l'esigenza viene qui senz'altro accolta. Ma il criterio degli interessi non ha, a sua volta, che una portata interpretativa ⁽¹⁴⁾; e può pertanto venire utilizzato senza che si respingano in alcun modo le premesse fondamentali sin qui assunte dalla scuola italiana. Ciò del resto viene dimostrato dal fatto che quando nella dottrina straniera si è affermata l'esigenza di una indagine ispirata ai principi della *Interessen-*

⁽¹²⁾ Sul punto restano ancora valide le considerazioni del CANSACCHI, *Scelta e adattamento della norma straniera richiamata*, p. 7 ss.

⁽¹³⁾ Vedi ad es. la dimostrazione del KEGEL, *Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, p. 286.

⁽¹⁴⁾ Vedi sul punto le esatte considerazioni del RUBINO, *Valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, partic. a p. 247, nonchè YNTEMA, *op. loc. cit.*

jurisprudenz, ci si è in sostanza limitati ad enunciare taluni criteri di attuazione del richiamo a leggi straniere che completavano, modificandoli parzialmente per le esigenze di un adeguamento alle situazioni da regolare, i principi chiariti da una tipica scuola di giurisprudenza concettuale quale è la scuola pubblicistica⁽¹⁵⁾. Il metodo ed i risultati di questa ultima, sia pure completati attraverso una ricerca storico-comparativa, aperta alle esigenze teleologiche e alla considerazione degli interessi concreti disciplinati attraverso la norma di richiamo, non venivano quindi in alcun modo contraddetti⁽¹⁶⁾.

L'esame del problema dell'autonomia della volontà è, sotto questo profilo, fondamentale per le implicazioni più generali che vi si ricollegano. Da esso appare come in nessun momento la dottrina italiana abbia inteso svincolare del tutto il giudice dall'osservanza dei criteri di conflitto posti direttamente dal legislatore o chiariti dalla giurisprudenza, come dovrebbe avvenire in materia di obbligazioni contrattuali ove si accogliesse sino alle estreme conseguenze una concezione universalistica circa la natura e la funzione del diritto internazionale privato⁽¹⁷⁾. Un'analisi della dottrina dimostra infatti agevolmente come rispetto a questo problema gli autori italiani siano sempre partiti dalla premessa positivista che permise all'Anzilotti di compiere le sue fondamentali ricerche e successivamente al

(15) Vedi ad es. oltre a KEGEL, *op. cit.*, YNTEMA, *Les objectifs du droit international privé*, soprattutto a p. 19 ss. Sul punto vedi anche le precise indicazioni del BALLARINO, *Il fondamento del diritto internazionale privato nelle ricerche di Wilhelm Wengler*, particolarmente a p. 135, nota 18.

(16) Circa i limiti del metodo comparativistico che « per chi non sia universalista » non deve far mai perdere di vista le esigenze del diritto positivo, vedi QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³, p. 54; per una visione diversa, pur in una concezione positivista del fenomeno, vedi invece ZWEIFERT, *Die dritte Schule im internationalen Privatrecht*.

(17) Per una eccellente esposizione delle teorie, largamente diffuse nella dottrina straniera, che cercano di superare completamente il dato positivo della norma statale di richiamo, vedi il saggio del DE NOVA, *Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confluente del rapporto internazionale*. Per una vivace critica di tali teorie vedi da ultimo ALFONSIN, *Contribution à l'étude*, p. 35 ss.

Perassi e all'Ago di sviluppare la configurazione della volontà come circostanza di collegamento. E se una maggiore attenzione alle tesi Kelseniane circa il valore ed il significato normativo di ogni valutazione ha permesso agli autori successivi di modificare in modo abbastanza rilevante la configurazione della volontà delle parti intesa come circostanza di collegamento, si è conservata, anzi si è accentuata la premessa generale del carattere giuridico del richiamo da un ordinamento alle norme di un diverso ordinamento: ed è inutile porre in rilievo come alle medesime premesse si ispiri la teoria generalmente accolta circa la funzione dell'accordo di deroga nel diritto processuale civile internazionale, che afferma il valore esclusivo del sistema di diritto processuale.

Alla medesima affermazione si richiama questo studio, in cui pure si attribuisce un rilievo essenziale alle valutazioni del sistema richiamato rispetto alla statuizione della norma di collegamento. In questo problema particolare è stato quindi possibile giungere a soluzioni opposte da quelle tradizionali: ma le diverse posizioni esprimono il naturale evolversi di una dottrina che si può ricondurre ad una sostanziale unità.

39. Tenendo presenti questi rilievi generali si ritorni ora al problema particolare della valutazione dei requisiti della volontà delle parti tendente a richiamare una legge straniera, o a ricollegare un sistema processuale estraneo alla soluzione di una controversia.

Ad un esame condotto con il metodo che si è chiarito, il problema dell'utilizzazione dell'accordo di volontà ai fini del richiamo ad una legge straniera ed il problema della deroga a favore di un sistema estraneo rivelano una completa affinità nei dati assunti così come si accolgono, nei due casi, soluzioni del tutto analoghe.

Si ha una affinità di dati in quanto sia il primo comma del-

l'art. 25 delle Preleggi, sia l'art. 2 C.p.c., attribuiscono sostanzialmente nelle rispettive fattispecie una rilevanza all'intento concreto perseguito dalle parti — che è un intento positivo — ed alla attività strumentale che esse compiono, nel primo caso per disciplinare in modo indiretto una obbligazione contrattuale, nel secondo per comporre una data controversia che viene deferita al giudizio di un tribunale estraneo. In entrambi i casi la norma italiana non considera quindi l'accordo delle parti come un fatto cui possano conseguire in virtù della norma effetti ulteriori e diversi da quelli voluti, ma bensì come l'esplorazione di un potere; e cioè configura la situazione in cui si estrinseca l'atteggiamento delle parti come un atto che viene sussunto nella sua concreta fisionomia nella fattispecie della norma ed a cui conseguono in primo luogo effetti corrispondenti all'intento pratico perseguito. L'effetto ulteriore si identifica nella limitazione dell'ambito di applicazione del diritto materiale italiano, e della sfera di efficacia della giurisdizione nazionale.

Il diritto italiano si serve quindi di uno strumento — l'accordo di volontà delle parti — e valuta una situazione giuridica, e precisamente l'estrinsecazione di un potere, ricollegandovi in entrambi i casi una efficacia diretta ed una efficacia indiretta. In tal modo lo strumento utilizzato viene disciplinato dal nostro ordinamento ad un duplice fine, il che si verifica in modo identico sia rispetto al problema di diritto internazionale privato, sia rispetto al problema processuale.

Nel delineare il modo della disciplina dell'accordo delle parti, si tenga presente come nel sistema italiano di diritto internazionale privato la figura della volontà comprenda solo gli elementi ed i requisiti sostanziali di essa, e non altro. La volontà delle parti viene quindi valutata come uno strumento idoneo al richiamo di leggi straniere o di un procedimento estraneo,

quando essa presenta sia i requisiti sostanziali previsti dal diritto italiano che quelli previsti dal sistema straniero. I requisiti di capacità o di legittimazione delle parti contraenti ed i requisiti formali dell'atto esulano pertanto dall'oggetto della norma, non vengono quindi disciplinati nè dall'art. 25, 1° comma delle Preleggi, nè dall'art. 2 C.p.c. Si tratta, in questo caso, di un problema diverso, che si risolverà applicando le disposizioni materiali della *lex fori* o le leggi applicabili mediante i richiami previsti dalle norme di diritto internazionale privato che regolano la capacità delle parti e la forma degli atti, ove sussistano i presupposti di un richiamo.

Nell'ipotesi di cui al 1° comma dell'art. 25 delle Preleggi la volontà delle parti dovrà quindi essere considerata idonea al richiamo in base ai medesimi principi che verranno applicati per giudicare se sussista o meno l'accordo di deroga prescritto dall'art. 2 C.p.c., in relazione naturalmente allo scopo concreto che l'atto si propone, che è nel primo caso quello di richiamare leggi materiali straniere, e nell'altro un procedimento estraneo. L'idoneità dell'accordo delle parti a questo fine si accerta, come si è visto, secondo la legge italiana, ma l'accertamento viene condizionato alla valutazione della volontà nell'ordinamento estraneo.

Per ciò che concerne i requisiti formali un'indubbia diversità fra le due ipotesi nasce dall'esigenza della forma scritta, richiesta esplicitamente dall'art. 2 C.p.c. Ma con questo limite la soluzione è analoga. Mentre i requisiti di forma si debbono accertare in base ai criteri previsti dall'art. 26 delle Preleggi, la prova relativa all'esistenza di una manifestazione di volontà si può dare con ogni mezzo in base al principio caratteristico dell'ordinamento italiano della libertà di prova e quindi del libero convincimento del giudice. Non sussistono inoltre limiti quali quelli posti negli artt. 1341 e 1342 C.c., che prevedono una proroga nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Chiarito come il problema della disciplina della capacità delle parti e della forma dell'accordo di richiamo o del compromesso di deroga vada risolto in base a principi autonomi, estranei all'oggetto sia della norma del diritto internazionale privato che prevede la volontà delle parti come mezzo di collegamento, sia della norma processuale che prevede la possibilità di una deroga alla giurisdizione italiana, e chiarita l'autonoma fisionomia dell'accordo di volontà sussunto nella fattispecie legislativa, si risolveranno i singoli problemi che sorgono nella interpretazione delle due norme: ed anche qui, come si è visto, la soluzione è una soluzione unitaria, eccetto che per il problema della presunzione della volontà.

Osservando le soluzioni date ai problemi qui esaminati dalla dottrina positivista, si puntualizzi ora come esse appaiono sostanzialmente affini. Mettendo in rilievo solo lo scopo tipico delle due norme, si concepiva coerentemente la valutazione della volontà secondo il diritto estraneo come qualcosa di irrilevante per l'ordinamento dell'interprete, o al massimo come un presupposto di fatto all'applicazione dell'art. 25 delle Preleggi o dell'art. 2 del Codice di procedura, e quindi si affermava che i requisiti dell'accordo dovessero venire disciplinati dal sistema che comprende la norma di diritto internazionale privato, o che prevede la possibilità di una deroga alla giurisdizione nazionale.

Poichè alla base della costruzione qui accolta si ha una ricostruzione della fattispecie legislativa che prevede e attribuisce efficacia ad un atteggiamento positivo delle parti, è invece coerente che si attribuisca un rilievo determinato — sia nel caso previsto dall'art. 25 delle Preleggi, sia nel caso prescritto dall'art. 2 C.p.c. — alla concreta idoneità dell'accordo stesso a raggiungere lo scopo che esso si propone, in quanto esso possieda i requisiti sostanziali richiesti dalla *lex causae*. Alla volontà sussunta nella fattispecie delle due norme possono quindi ricollegarsi le conseguenze ulteriori previste nella parte

precettiva, e cioè la delimitazione della efficacia del diritto materiale italiano, e la delimitazione dell'ambito di giurisdizione italiana, solo se si tratti di una volontà che possa concretamente attuarsi secondo il sistema estraneo cui le parti si sono riferite.

40. Le considerazioni sin qui svolte hanno dimostrato, almeno nelle intenzioni dell'autore, come rispetto al problema della valutazione dell'accordo di volontà si sia potuto giungere a soluzioni diverse da quelle tradizionali, pur accogliendo le medesime premesse generali della dottrina italiana. A questo risultato si è giunti riesaminando le ragioni poste alla base del ragionamento seguito dagli scrittori, alle quali si è ispirata sostanzialmente anche la giurisprudenza: le medesime ragioni, a loro volta, spiegano l'evoluzione del dato legislativo. I risultati parzialmente diversi accolti dalla dottrina prevalente si spiegano quindi col fatto che si sono diversamente ricostruiti i dati del problema: e chi scrive è convinto della verità dell'affermazione che il porre i dati di un problema sia molto spesso ancora più importante che non il giungere ad una soluzione ⁽¹⁸⁾.

Per compiere l'indagine proposta si è cercato di individuare le varie componenti di sviluppo delle norme positive, della dottrina e della giurisprudenza nella loro evoluzione. In tale modo si è potuto effettuare il tentativo di ricostruire le ragioni logiche delle singole soluzioni accolte, ed il nesso esistente fra le diverse argomentazioni, valutate secondo le premesse generali che ne costituiscono il fondamento. Il metodo di indagine accolto in questo studio è quindi un metodo storico-sistematico, il quale appare il più coerente con l'affermazione che il diritto internazionale privato ed il diritto processuale civile internazionale sono fenomeni storici, destinati ad operare in un ambiente sociale in perpetuo divenire

⁽¹⁸⁾ Vedi, su questo punto, le ottime considerazioni del GUTZWILLER, *Le développement historique*, p. 301.

e determinati, assai più che altri rami del diritto interno, da fattori dottrinali e giurisprudenziali.

Nel problema della valutazione dell'accordo di volontà utilizzato tanto dalla norma di diritto internazionale privato quanto dalla norma di diritto processuale civile internazionale, una analisi condotta con metodo storico-sistematico permette di affermare come un rilievo determinante rispetto alla soluzione del problema debba venire attribuito al modo in cui quelle norme concretamente operano rispetto alle situazioni reali che rientrano nella fattispecie giuridica di esse; il che, a sua volta, porta necessariamente a determinare i vari momenti logici, in cui il procedimento si scinde⁽¹⁹⁾. È in tal modo possibile ricomprendere in taluni casi nella struttura della norma di diritto internazionale privato o di diritto processuale civile internazionale un adeguamento alle valutazioni proprie di sistemi estranei.

Rimane per ultimo da rispondere ad una possibile obiezione che è già stata confutata, in maniera esauriente, rispetto al problema generale della possibilità di individuare un nesso di pregiudizialità fra le varie questioni rilevanti ai fini dell'interpretazione della norma di diritto internazionale privato⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Su questi punti restano ancora essenziali le considerazioni del WENGLER, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, soprattutto a p. 196 ss., anche se la costruzione che l'autore ha dato circa il problema della pregiudizialità può forse non più soddisfare completamente. Per un inquadramento generale del pensiero del Wengler in una più ampia corrente vedi ZWEIGERT, *Die dritte Schule im internationalem Privatrecht*.

⁽²⁰⁾ Circa l'importanza che un retta impostazione del problema della pregiudizialità assume per la semplificazione della disciplina dei rapporti previsti nelle norme di diritto internazionale privato, vedi le considerazioni del WENGLER, in *Die Vorfrage*, p. 239 ss., e più di recente, in *Die Qualifikation der materiellen Rechtsätze im internationalen Privatrecht*, di cui vedi soprattutto a pp. 259-270. Sugli sviluppi del problema nella letteratura di lingua tedesca, vedi BALLARINO, *Problemi generali di diritto internazionale privato*, pp. 187-189. Alle medesime conclusioni è giunto pure, in questi ultimi tempi, il LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, il quale rileva che « la théorie des questions préalables concourt à sa façon à la fonction générale de coordination qui est celle du droit international privé. Elle améliore cette coordination, mais elle en fait

Non credo che uno sforzo sistematico che comprenda le varie ipotesi di attuazione del nesso pregiudiziale possa portare ad un eccessivo tecnicismo, proprio perchè esso parte dalla constatazione che occorre attribuire un maggior rilievo all'atteggiamento dei soggetti e al rapporto fra le singole situazioni. Ed il fatto che questa maggior attenzione si ripercuota necessariamente in un meccanismo più complesso di attuazione della disciplina del rapporto concreto, non significa che ciò porti ad una complicazione maggiore. Un più attento esame del modo in cui si estrinseca il fenomeno giuridico sia nel campo del diritto processuale civile internazionale che nell'ambito del diritto internazionale privato, porta sì a rilevarne aspetti nuovi e più complessi, ma porta anche ad un sostanziale chiarimento ed a una semplificazione, oltre che ad una maggiore concretezza delle soluzioni accolte, in quanto permette di individuare la sostanziale identità dei dati di molti problemi, e le pratiche finalità di essi, così come ha messo in luce, con tanta penetrante finezza, Tomaso Perassi⁽²¹⁾. Alla Sua memoria è dedicato questo studio, ove mi sono proposto di dimostrare la validità del metodo da Lui

aussi découvrir les limites » (*op. cit.* p. 484): dove è bene colta la funzione della tecnica di pregiudizialità, consistente nel precisare il modo ed i limiti di applicazione della norma di diritto internazionale privato.

(21) Del PERASSI vedi il discorso inaugurale tenuto in qualità di Presidente alla Sessione di Siena (1952) dell'*Institut de droit international*. Mi sia consentito di riportare ampiamente il pensiero del compianto Maestro, perchè in esso vengono precisate e chiarite, in maniera difficilmente superabile e con espresso riferimento al problema dell'autonomia della volontà, le attuali tendenze della scienza italiana di diritto internazionale privato: « J'ai mentionné des questions qui semblent avoir un intérêt purement doctrinal. Il n'en est pas ainsi. Les solutions qu'on donne à ces questions ont des conséquences pratiques considérables en ce qui concerne la valeur de la loi étrangère, l'admissibilité du recours en cassation pour violation de la loi étrangère, l'interprétation du système de renvoi, etc... Prenons, par exemple, la règle qui fait dépendre la désignation de la loi applicable aux contrats de l'autonomie des parties. Cette règle est généralement adoptée par les systèmes de droit international privé des divers pays. Or, combien de questions se posent lorsqu'il s'agit d'expliquer le fonctionnement de cette règle! Quell'est la fonction attribuée à la volonté des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat? La liberté des parties de choisir cette loi, à défaut de dispositions légales explicites, est-elle limitée ou non? L'accord des parties sur le choix de

accolto e la attualità del Suo pensiero, e di porre in rilievo l'unitarietà di ispirazione e la continuità di sviluppo, pur in una apparente antitesi, della giurisprudenza e della dottrina italiana di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale.

la loi applicable au contrat, est'il un simple fait ou bien un acte juridique? Et dans ce dernier cas quelle est la loi selon laquelle doit être établie la validité de cet accord? » (pp. 227-229).

Sulla esigenza, chiarita dal Perassi nel discorso inaugurale, di riesaminare da un punto di vista tecnico le norme di diritto internazionale privato si è già ampiamente intrattenuto lo ZICCARDI, *Considerazioni su di una definizione formale del diritto internazionale privato suggerita da Tomaso Perassi*.

INDICE DELLE SENTENZE ESAMINATE

	<i>pag.</i>
CASSAZIONE TORINO, 6-10-1876, Grizard Delaroue c. Sottocasa, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1877, I, 1, col. 389 ss.	26
CASSAZIONE TORINO, 9-9-1914, Salmi c. Ciseri, in <i>Foro italiano</i> , 1915, I, col. 33 ss.	5, 110
CASSAZIONE ROMA, SEZIONI UNITE, 25-4-1916, Salmi c. Ciseri, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1916, I, 1, col. 606 ss.	5
CASSAZIONE TORINO, 29-4-1916, Celle c. Thormann, in <i>Giurisprudenza torinese</i> , 1916, p. 796 ss.	5
CASSAZIONE ROMA, 10-6-1920, Di Chiara c. « The Beldam Tyre Limited », in <i>Rivista del diritto commerciale</i> , 1921, II, p. 14 ss.	114
CASSAZIONE, 16-3-1925, n. 755, Napoleone c. Matarazzo e Industrias Reunidas de S. Paolo, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1925, I, col. 441 e in <i>Rivista di diritto processuale</i> , 1927, II, p. 274 ss.	102
CASSAZIONE, 26-3-1926, n. 880, Rocca Tassy e De Roux c. Bresciano, in <i>Rivista di diritto processuale</i> , 1927, II, p. 274 ss.	102
CASSAZIONE, 18-5-1927, n. 1811, Sciaccaluga e Società Muller, in <i>Foro italiano</i> , 1927, I, col. 497 ss. e in <i>Rivista di diritto processuale</i> , 1927, II, p. 274 ss.	110
CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, 30-8-1928, Basadonna c. Basadonna, in <i>Repertorio Foro italiano</i> , 1939, col. 1270 (massima)	42
CASSAZIONE, 26-5-1929, Cavaliere c. Mantero e Pimenta, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1931, p. 406 ss.	97, 110
COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, Arrêts n° 14 e 15, Affaire concernant le paiement de divers emprunts émis en France. - Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, 12-7-1929, in <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.P.J.I., Serie A</i> , n. 20-21, p. 5 ss., p. 93 ss.	34
CASSAZIONE, 8-3-1930, n. 777, Raghianti c. Nardi, in <i>Foro subalpino</i> , 1930, p. 647 ss.	111
CASSAZIONE, 20-2-1931, n. 603, Miraval c. Ceschin, in <i>Repertorio Foro italiano</i> , 1931, col. 1237 (massima)	123
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 13-3-1931, n. 924, Napoleone c. Industrias F. Matarazzo, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1931, p. 392 ss.	107
CASSAZIONE FRANCESE, CHAMBRE DES REQUÊTES, 21-4-1931, Dame Ponnoucan-nammable c. Nadimontopoulle, in <i>Journal de droit international</i> , p. 142 ss. e in <i>Revue de droit international privé</i> , 1932, p. 526	61

	pag.
CASSAZIONE, 28-1-1936, n. 324, Società di Navigazione Adria c. Feher, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1936, p. 304	9
CASSAZIONE PENALE, 3-4-1936, imputato Amato, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1938, p. 220	123
CASSAZIONE, 6-7-1936, n. 2362, Costa c. Tomazic, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1936, p. 448 e in <i>Foro italiano</i> , I, col. 1483	9
PRIVY COUNCIL, 24-25-28-29/11/1938; 30/1/1919, Vita Food Products Incorporated v. Unus Shipping Co., in <i>Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato</i> , vol. X, Roma 1944, p. 35 ss.	55
CASSAZIONE, 20-1-1939, n. 220, Aloisi c. Ditta Molino di Sant'Elpidio, in <i>Foro italiano</i> , 1939, I, col. 228 ss.	110
CORTE D'APPELLO DI MILANO, 21-3-1939, Gretemeier c. Rosenthal, in <i>Foro della Lombardia</i> , 1939, col. 65 (massima) e in <i>Repertorio Foro italiano</i> , 1939, col. 1257 (massima)	14
CASSAZIONE, 31-7-1941, n. 2497, Spinnler c. Aktiengesellschaft für Hydrologie, in <i>Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato</i> , vol. X, Roma, 1944, p. 73 ss.	134
CASSAZIONE, 2-7-1941, n. 2004, Soc. gen. di Assicurazioni c. Calderon, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1941, I, 1, col. 793 ss.	122
CASSAZIONE, 10-4-1942, n. 940, Casa dell'Auto c. Monteverdi, in <i>Repertorio Foro italiano</i> , 1942, col. 262 (massima)	134
CHANCERY DIVISION (Cohen, J.), 6-7-1945, in <i>Re Allen's Estate</i> , Prescott v. Allen and Beaumont, in <i>Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato</i> , Vol. XI, 1954, p. 278	67
CASSAZIONE, 27-12-1948, n. 1937, Rizzuto c. Soc. Odino, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1948, I, 1, col. 121 ss.	13, 144
TRIBUNALE DI GENOVA, 18-8-1951, Hendel c. Stanho, in <i>Diritto marittimo</i> , 1951, col. 546 ss.	134
CORTE D'APPELLO DI NAPOLI, 28-3-1953, Goffe Ltd. c. Criscuolo ed altri, in <i>Foro Padano</i> , 1953, I, col. 939 ss.	151
TRIBUNALE DI TRIESTE, 20-4-1953, Le Assicurazioni d'Italia c. Compagnia Florencia, in <i>Rivista del diritto della navigazione</i> , 1953, p. 286 ss.	134
CASSAZIONE, 18-5-1953, n. 1434, Ditta Trumpy c. Uff. Federale svizzero di guerra per i viveri, in <i>Il diritto marittimo</i> , 1955, I, p. 3 ss.	114, 151
OBERLANDGERICHT HAMBURG, 30-12-1953, Kl. c. d'Y., in <i>Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in den Jahren 1952 und 1953</i> , a cura del Max Plank Institut, Berlin-Tübingen, 1957, p. 63 ss.	55
TRIBUNALE DI MILANO, 3-3-1954, Blenck c. Costa, in <i>Rivista di diritto processuale civile</i> , 1955, II, p. 36 e in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1954, I, 1, col. 637 ss.	139

	pag.
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 3-5-1954, n. 1362, Soc. André c. Soc. C.i.e.s., in <i>Foro italiano</i> , 1954, p. 734 ss., in <i>Giurisprudenza della Corte di Cassazione, Sez. Civili</i> , 1954, III, p. 334 ss., e in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1955, p. 94	108, 133
CORTE D'APPELLO DI PARIGI, I Sez., 27-1-1955, Sté Jansen c. Sté Heurtey, in <i>Revue critique de droit international privé</i> , 1955, p. 330 ss.	138
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 23-5-1955, n. 1515, The Sea Insurance Company Ltd. c. Ditta Trumpy, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1956, p. 371 ss.	5, 153
CASSAZIONE, 22-10-1956, n. 3814, Cimma c. Mazzola, in <i>Repertorio Foro italiano</i> , 1956, col. 2235 (massima)	90
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 26-3-19597, n. 1040, Caisse autonome c. Società transoceanica, in <i>Giustizia civile</i> , 1958, I, col. 926 ss.	97, 151
CASSAZIONE FRANCESE, CHAMBRE CIVILE, 25-6-1957, Ahmed Ben Hassen c. Silvia, in <i>Revue critique de droit international privé</i> , 1957, p. 680 ss.	95
CASSAZIONE, 12-9-1957, n. 3474, Soc. Transimport e Ditta Rauch c. Bovelli, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1958, p. 251 ss.	97
TRIBUNALE DI GENOVA, 22-3-1958, Fiat c. American Export Lines Inc., in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1959, p. 495 ss.	29, 146
APPELLO FIRENZE, 10-6-1958, Rohag-Rohstoff Handelsgesellschaft e altri c. Nucci, in <i>Rivista del diritto commerciale</i> , 1959, II, p. 124 ss. e in <i>Foro Padano</i> , 1960, I, col. 230 ss.	145
APPELLO FIRENZE, 4-4-1959, Deusser c. Soc. Bertelli, in <i>Giurisprudenza toscana</i> , 1959, p. 503 ss.	127
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 18-9-1959, n. 2591, Ditta Lynn c. Ditta Sadeca, in <i>Giurisprudenza italiana</i> , 1959, I, 1, col. 1398 ss.	9, 49, 100, 114
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 26-1-1960, n. 75, E.r.m.a. c. Soc. Bario, in <i>Foro italiano</i> , 1960, I, col. 330 ss.	99
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 2-5-1960, n. 968, Ditta Trumpy c. Soc. Salgoril, in <i>Foro italiano</i> , 1960, I comma, 736 ss., in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1960, p. 686 ss., e in <i>Diritto marittimo</i> , 1960, p. 375 ss.	4, 153
CASSAZIONE, 2-12-1960, n. 3173, Agenzia marittima Mantacas c. Soc. Zuest-Am-brosetti, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1961, p. 677 ss.	90
APPELLO ROMA, 4-6-1961, Consorzio neoterapico c. Pfizer Corporation, in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1961, p. 681 ss.	90, 91
CASSAZIONE, 27-3-1961, n. 690, Buzzi c. Lanata, in <i>Foro italiano</i> , 1962, I, col. 127 ss.	49
CASSAZIONE, 22-6-1961, n. 1505, Di Pilato c. American Export Lines, in <i>Foro italiano</i> , 1961, col. 1086 ss., e in <i>Rivista di diritto internazionale</i> , 1961, p. 684 ss.	146
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 21-10-1961, n. 2310, Procuratore Generale Cassazione c. Menzio, in <i>Foro italiano</i> , 1961, I, col. 1618 ss.	108

OPERE CONSULTATE

- ACQUARONE, *La unificazione legislativa e i Codici del 1865*, Milano, 1960; p. 23.
- AGO, *Le norme di diritto internazionale privato nel progetto di Codice Civile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 297 ss.; p. 44.
- *Rapporti di obbligazione*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Padova, 1932, p. 148 ss.; 24, 24, 42, 49.
- *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, pp. 16, 19, 19, 20, 60, 171.
- *Lezioni di diritto internazionale privato - Parte generale - Ristampa della prima edizione*, Milano, 1944; p. 20.
- *Diritto positivo e diritto internazionale*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol. I, Milano, 1957, p. 3 ss.; p. 68.
- *Convenzione dell'Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 3 ss.; p. 61.
- ALFONSIN, *Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris, 1960, p. 27 ss.; pp. 38, 174.
- ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 134 ss.; p. 142.
- ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, Vol. I, III ed., Napoli, 1954; pp. 108, 115, 141.
- ANZILOTTI, *Il principio della autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 disp. prel. al Codice Civile e l'art. 58 del Codice di Commercio*, in *Il diritto commerciale*, 1904, ed ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, p. 621 ss.; pp. 24, 32, 33, 34, 35, 58.
- *Legge regolatrice delle obbligazioni secondo l'art. 58 del Codice di commercio*, Nota a Cassazione Napoli 16-7-1905, in *Rivista di diritto internazionale*, 1906, p. 214 ss., ed ora in *Scritti di diritto internaz. privato*, Padova, 1960, p. 615 ss.; 34, 93.
- *Sulla legge regolatrice della capacità giuridica dei contraenti e della natura dell'obbligazione*, in *Foro italiano*, 1904, I, col. 1326 ss. ed ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, p. 657 ss.; p. 93.
- *Validità del patto di deferire determinate controversie ad un giudizio arbitrare da istituirsi all'estero*. Nota ad Appello Genova 9-1-1905/6-3-1906/16-3-1906, in *Rivista di diritto internazionale*, 1906, p. 467 ss.; p. 102.
- *Nota ad Appello Torino 20-7-1917 e Cassazione Torino 17-5-1918*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1918, p. 283 ss.; p. 109.

AVVERTENZA. — Per i contributi apparsi in più volumi e ricordati in questo elenco, si è utilizzata nelle citazioni la pubblicazione più recente.

- *Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)*, edizione litografata, Roma, 1919; pp. 33, 35.
 - *Nota ad Appello Firenze 23-1-1919*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1918, p. 288 ss.; p. 69.
 - *La codificazione del diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, p. 11 ss.; p. 24.
- ARANCIO RUIZ (Gaetano), *La cambiale nel diritto internazionale privato*, Milano, 1946; p. 172.
- ARMINJON, *Précis de droit international privé*, III ed., Vol. II, Paris, 1958; p. 66.
- BALLADORE PALLIERI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti nella dottrina e nella legislazione italiana di diritto internazionale privato*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 1931, p. 156 ss.; pp. 11, 33, 34, 36, 38, 40.
- *A proposito di proroga della competenza interna ed internazionale*, in *Foro della Lombardia*, 1935, col. 541 ss.; pp. 109, 130, 132.
 - *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1935, vol. I, p. 291 ss.; pp. 132, 146.
 - *Le disposizioni preliminari del codice civile e la determinazione della competenza giurisdizionale dei giudici stranieri*. Nota a Cassazione, 16-1-1932, Appello Bologna 10-6-1932, Appello Roma 28-7-1932, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, Vol. I, 1936, p. 335 ss.; p. 9.
 - *I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano*, in *Jus*, 1940, p. 25 ss.; p. 174.
 - *Diritto internazionale privato*, II ed., Milano, 1950; pp. 11, 39, 95.
- BALLARINO, *Problemi generali del diritto internazionale privato nella recente letteratura tedesca*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Vol. IX, p. 119 ss.; p. 180.
- *Il fondamento del diritto internazionale privato nelle ricerche di Wilhelm Wengler*, in *Diritto internazionale*, 1959, p. 131 ss.; p. 174.
- BARILE, *Su la legge regolatrice di un atto di deroga alla giurisdizione*, in *Diritto marittimo*, 1955, p. 3 ss.; p. 119.
- *Interpretazione del giudice e interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, Milano, 1957, p. 134 ss.; p. 82.
 - *Collegamento (Criteri di)*, Voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1960, p. 350 ss.; pp. 15, 22, 38, 43, 54, 79, 82, 82, 83, 84, 91.
 - *Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, Nota a Cassazione 2-5-1960, in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 657 ss.; pp. 4, 13, 84, 121, 125, 128.
- BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938; pp. 12, 25, 28, 66.
- *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 219 ss.; p. 27.
 - *Sur la signification de la loi désignée par les contractants*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol. I, Milano, 1957, p. 194 ss.; p. 24.
 - *Le rôle de la volonté en droit international privé*, in *Archives de philosophie du droit*, Tome II, 1958, p. 71 ss.; p. 83.

- *Traité élémentaire de droit international privé*, III^a ed., Paris, 1959; p. 13.
 - *Nota a Cassation, Chambre Civ.*, 25-6-1957, in *Revue critique de droit international privé*, 1957, p. 681 ss.; p. 95.
 - *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Vol. I, Paris, 1960, p. 39 ss.; pp. 55, 55, 73, 97.
- BENTIVOGLIO, *Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione mortis causa*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. XII, 1956, p. 104 ss. (Nota *In re Dalip Singh Bir's Estate*); pp. 61, 81.
- *Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Vol. VIII, p. 141 ss.; pp. 78, 79, 79, 80.
 - *La dottrina italiana di diritto internazionale privato (1954-1955)*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Vol. VII, p. 39 ss.; p. 75.
 - *I crediti documentari nel diritto internazionale privato italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, I, p. 151 ss.; p. 79.
- BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, II, p. 266 ss.; pp. 102, 109.
- *Autonomia privata e competenza della lex loci actus nelle obbligazioni civili e commerciali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1930, p. 1 ss.; pp. 11, 38, 39, 39.
 - *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, Nota a Cassazione 6-12-1948, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, col. 764 ss.; p. 142.
 - *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1952; p. 40.
 - *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956; pp. 11, 40, 40.
- BIAMONTI, *Arbitrato (Diritto processuale civile)*, Voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, pp. 898 ss.; p. 112.
- BIANCHI, *Giurisdizione e nazionalità in ordinamenti giuridici diversi (Note per un esame comparato)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, I, p. 309 ss.; p. 165.
- BISCOTTINI, *Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1941, p. 415 ss.; p. 36, 74.
- BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; p. 68.
- BOLAFFIO, *Esegesi dell'art. 58 del codice di commercio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897, p. 217 ss.; p. 93.
- *Codice di commercio italiano commentato*, V ed., Vol. I, Torino, 1922; pp. 31, 32.
- BOSCO, *L'art. 58 cod. com. e la volontà delle parti*, Nota a Cassazione 26-5-1929, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 408 ss.; p. 110.
- *Le norme di diritto internazionale privato nel progetto del Codice civile italiano*, in *Rivista di diritto civile*, 1932, p. 209 ss.; p. 44.
 - *Questioni in tema di accettazione volontaria di una giurisdizione straniera*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1933, p. 255 ss.; p. 136.

- *Corso di diritto internazionale privato*, III ed., Roma, 1939; p. 36.
- BRACHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales (étude de droit comparé et de droit international privé)*, Paris, 1938; pp. 146, 147.
- BRESCHI, *La competenza dei Tribunali stranieri nel giudizio di delibazione*, Macerata, 1925; p. 6.
- BRUNS et MOJULSKY, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international (à propos de la Convention de Genève)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1957, p. 717 ss.; pp. 147, 161.
- BUREAU DE LA CONFERENCE DE LA HAYE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes de la VII session, 3-24 octobre 1956*, La Haye, 1957; p. 129.
- CALEB, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Paris, 1932, p. 33.
- CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino, 1939; p. 173.
- CAPOTORTI, *La nazionalità delle Società*, Napoli, 1953; pp. 51, 74.
- CARABIBER, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, vol. I, p. 125 ss.; p. 88.
- CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, p. 374 ss.; p. 105.
- *Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di diritto processuale*, Vol. I, Padova, 1925, p. 159 ss.; pp. 104, 105, 108.
- *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1931, II, p. 218 ss.; p. 99.
- *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936; pp. 90, 103, 104, 120.
- *Intorno al principio della pienezza della giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1942, I, p. 257 ss.; p. 99.
- *Istituzioni del nuovo processo civile*, III ed., Vol. I, Roma, 1942; p. 108, 137.
- *Nota a Tribunale Milano, 3-3-1954*, in *Rivista di diritto processuale*, 1955, II, p. 36 ss.; p. 139.
- CASATI, *Nota a Cassazione Torino, 9-9-1914*, in *Rivista di diritto civile*, 1915, p. 117 ss.; pp. 5, 110.
- CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 433 ss.; p. 67.
- CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, Torino, 1883; pp. 25, 26, 123.
- *Idem*, vol. III, Torino, 1888; p. 23.
- *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIX siècle*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1933, vol. IV, p. 709 ss.; p. 26.
- CAVAGLIERI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, II ed., Napoli, 1933; pp. 36, 45.
- *Il diritto internazionale commerciale*, vol. V del *Trattato di diritto internazionale diretto da Fedozzi e Romano*, Padova, 1936; pp. 31, 36, 92.
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Atti del convegno internazionale per la riforma dell'Arbitrato* (Milano-Cadenabbia, maggio-giugno 1954), Milano, 1955; pp. 107, 161.

- CERETI, *Compromessi e lodi stranieri nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1931, p. 336 ss.; p. 147.
- *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Torino, 1925; pp. 24, 26, 29, 34.
- CHABOD, *La politica estera dell'Italia*, vol. I, *Le premesse*, Bari, 1951; p. 24.
- CHECCHINI, *Sentenza straniera e giudizio di delibazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1939, p. 145 ss.; p. 103.
- CHESHIRE, *Private international law*, IV ed., Oxford, 1952; p. 67.
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed. Napoli, 1923; p. 8.
- *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1936; p. 108.
- CURTI GIALDINO, *Sulla configurazione dell'art. 25, I comma delle preleggi come norma dispositiva*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 253 ss. (Nota a Cassazione, 12 settembre 1957); pp. 38, 74, 97.
- DE CASTRO Y BRAVO, *L'autonomia de la voluntad en el projecto de ley uniforme sobre la venta internacional*, in *Jus et lex, Festgabe für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, p. 201 ss.; p. 72.
- D'AMELIO, *Codice civile, libro primo (Persone e famiglia). Commentario* (diretto da), Firenze 1940; pp. 44, 45.
- DECLIVA, *I criteri di collegamento complementari e sussidiari nel diritto internazionale privato*, Trieste, 1943, p. 64.
- DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, Pavia, 1930, pp. 27, 28.
- *La volontà delle parti come criterio autonomo di collegamento*, Nota a Privy Council, 24 25 28 29-11-1938; 30-1-1939, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. X, 1944, p. 34 ss.; p. 27.
- *Il caso in re O'Keefe e la determinazione della lex patriae di un cittadino britannico domiciliato all'estero*, in *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, 1948, p. 67 ss.; p. 69.
- *Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confacente del rapporto internazionale*, in *Studi in memoria di Ciapessoni, Studia Ghisleriana*, vol. I, Milano, 1948, p. 151 ss.; p. 174.
- *Nota a Cassazione, 27-12-1948*, in *La Giurisprudenza italiana*, 1950, I, 1, col. 121 pp. 94, 94, 95.
- *Nota a Tribunale Roma 5-10-1951*, in *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 130 ss.; p. 14.
- *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, Milano, 1957, p. 309 ss.; ss.; p. 14, 91.
- *Recensione a Tommasi di Vignano: Note critiche su alcuni recenti saggi in tema di rinvio*, in *Diritto internazionale*, 1960, p. 320 ss.; p. 69.
- *Considerazioni comparative sull'adozione in diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1961, p. 255 ss.; p. 61.
- DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, vol. I, Firenze, 1900; pp. 31, 32, 93.

- *La legge che determina la validità intrinseca delle convenzioni e l'art. 58 c.c.*, Nota a Cassazione Napoli, 16-7-1905, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, II, p. 545 ss.; p. 32.
- *Sull'interpretazione dell'art. 58 del Codice di commercio in relazione all'art. 9 Disp. prel. cod. civ.*, in *Rivista del diritto commerciale*, p. 5 ss., p. 181 ss.; p. 32.
- *La conception italienne du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927, vol. II, p. 347 ss.; p. 24
- DURANTE, *La prova del diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato*, in *Annuario di diritto comparato di studi legislativi*, vol. XXIX, Roma, 1953, p. 72 ss.; p. 51.
- *La volontà delle parti come criterio di competenza internazionale del giudice straniero*, Nota a Cassazione 5-3-1953, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1953, II bimestre, p. 242 ss.; p. 135.
- *Sulla legge regolatrice del compromesso e della clausola compromissoria*, Nota a Cassazione 2-5-1960, in *Rivista di diritto internazionale*, 1960, p. 699 ss.; pp. 4, 119, 138.
- ESPERSON, *Le droit international privé dans la législation italienne*, in *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1882, p. 276 ss.; p. 22.
- FADDA, PORRO, RAIMONDI E VEDANI, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice a tutto il 1905*, Vol. I, Milano, 1909; pp. 11, 22.
- FANARA, *La Commissione ed i contratti di borsa nel diritto internazionale privato*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1963, I, p. 1 ss.; p. 78.
- FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale internazionale*, Palermo, 1908; p. 150.
- *Appunti sul progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 1931, p. 9 ss.; p. 45.
- *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile* (Vol. IV del *Trattato di diritto internazionale diretto da Fedozzi e Romano*, Padova, 1935); pp. 22, 36, 44.
- FERRARI BRAVO, *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, Vol. XVII, 1962 (estratto); p. 78.
- FERRARINI, *L'art. 1341 c.c. e la polizza di carico*, Nota a Tribunale Trieste, 20-4-1953, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1953, p. 286 ss.; p. 134.
- FIGLI, *Il diritto civile italiano. Delle disposizioni generali sulla pubblicazione e l'interpretazione delle leggi*. Vol. I, Napoli-Torino, 1915; p. 30.
- *Diritto internazionale privato o Principi per risolvere i conflitti tra le leggi civili-commerciali-giudiziarie-penali di Stati diversi*, *Leggi civili*, III ed., vol. I, Torino, 1888; p. 22.
- *Sul valore giuridico della disposizione testamentaria fatta da uno straniero con l'espressa dichiarazione di volersi riferire alle leggi italiane*, in *Questioni di diritto su casi controversi*, Torino, 1905, p. 311 ss.; p. 67.
- FLORE-MARMO, *L'ottava sessione della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1957, p. 554 ss.; p. 72.

- FRAGISTAS, *Griechische Rechtssprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts* 1946-1953, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1955, p. 144 ss.; p. 101.
- *Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 1 ss.; p. 157.
- FRANESCAKIS, *La théorie du renvoi en droit international privé*, Paris, 1958; p. 166.
- *Droit naturel et droit international privé*, in *Mélanges Maury*, Vol. I, Paris, 1960, p. 113 ss.; pp. 87, 166.
- *Nota ad Appello Colmar*, 27-3-1957, in *Revue critique de droit international privé*, 1957, p. 309 ss., ed ora in *Jurisprudence de droit international privé*, Paris, 1961, p. 125 ss.; p. 7.
- *La convention de La Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, in *Travaux du comité français de droit int. privé*, 1958-1959, Paris 1960, p. 151 ss.; p. 159.
- FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht - Grenzrecht*, vol. II, Berlin-Grünwald, 1929; p. 83.
- *Projet d'un code européen de droit international privé*, in *Bibliotheca Visseriana*, vol. XVI, Lugduni Batavorum, 1950; p. 83.
- FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, in *Archivio giuridico*, 1885, ed ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Torino, 1921, p. 539 ss.; p. 33.
- GABBA, *Nota a Cassazione Torino*, 6-10-1876, in *La Giurisprudenza italiana*, 1877, I, col. 389 ss.; p. 26.
- *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. I, Pisa, 1868; p. 29.
- GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin-Tübingen, 1955; p. 25.
- GAVALDA, *Le conflit dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955; p. 144.
- GEMMA, *Appunti di diritto internazionale privato*, Padova, 1936; p. 23.
- GHIRARDINI, *Nota a Appello Firenze* 16-5-1911, *Appello Bologna* 14-7-1911, *Appello Torino* 30-12-1911, *Appello Genova*, 28-3-1913, e *Tribunale Genova* 13-6-1914, in *Rivista di diritto internazionale*, 1915, p. 125 ss.; p. 109.
- *Recensione a Vella: La sostanza e gli effetti delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1910, p. 350 ss.; p. 22.
- GIANNINI, *La convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1958, I, p. 370 ss.; p. 153.
- GIULIANO, *Le nuove norme di diritto internazionale privato in tema di navigazione*, in *Rivista del diritto di navigazione*, 1942, I, p. 21 ss.; p. 36, 46.
- *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana*, in *Assicurazioni*, 1949, II, p. 50 ss.; pp. 121, 138.
- *Moduli e formulari e deroga alla giurisdizione italiana*, in *Foro Padano*, 1956, I, p. 159 ss.; pp. 121, 138.

- *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Sez. I, Vol. III del *Trattato di diritto internazionale diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri*; Tomo I, Padova, 1956; p. 122.
 - *Ancora sulla validità di deroghe alla giurisdizione italiana formulate in polizze di carico*, in *Temì*, 1957, p. 620 ss.; p. 119.
 - *La giurisdizione italiana e lo straniero*, Milano, 1961; pp. 4, 4, 17, 115, 120, 121, 121, 122, 137, 150, 152.
- GOLDSCHMIDT, *Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé*, in *Mélanges Maury*, Vol. I, Paris, 1960, p. 152 ss.; p. 167.
- GÖRTZ, *Der Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, in *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, 1929, p. 1 ss.; pp. 12, 85.
- GULDENER, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zürich, 1951; p. 129.
- GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1929, vol. IV, p. 291 ss.; pp. 24, 179.
- *Das Kaufrecht*, in *Beiträge zum Haager internationales Privatrecht 1951*, Freiburg, 1951, p. 3 ss.; pp. 42, 43, 58, 72.
- HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931; pp. 36, 85.
- HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Vol. II, Paris 1960 p. 419 ss.; p. 144.
- KALLMANN, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlichen Vergleiche*, Basel 1946, p. 133.
- KEGEL, *Der Gegenstand des internationalen Privatrechts*, in *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, 1948, p. 13 ss.; p. 164.
- *Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 259 ss.; pp. 173, 174.
 - *Internationales Privatrecht*, München und Berlin, 1960; pp. 76, 82.
- KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Basel, 1955; pp. 141, 146, 149.
- *Autonomie de la volonté et arbitrage*, in *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 255 ss., p. 479 ss.; pp. 147, 148.
 - *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)* in *Revue critique de droit international privé*, 1961, p. 499 ss.; pp. 131, 155.
- JACCARINO, *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione del giudice italiano*, in *Giustizia civile*, 1956, I, 297 ss.; p. 4.
- *La convenzione di Ginevra del 23 settembre 1872 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Diritto internazionale*, 1959, p. 314 ss.; p. 146.
13. *Studi Urbinati*, 1960-1961.

- *Rassegna di giurisprudenza sugli atti di deroga alla giurisdizione*, in *Diritto internazionale*, 1959, p. 66 ss., p. 137.
- *Della legge applicabile ai compromessi e alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la Convenzione di Ginevra*. Nota a Appello Firenze 10-6-1958, in *Foro Padano*, 1960, I, col. 229 ss.; pp. 145, 159.
- *Mutamento di giurisprudenza a proposito della legge regolatrice della « forma » delle clausole compromissorie per arbitrato estero*, in *Diritto internazionale*, 1960, p. 300 ss. p. 4.
- *Il c.d. atto di « deroga » alla giurisdizione italiana*, Napoli, 1960; pp. 6, 12, 101, 106, 138.
- JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1945, I, p. 130 ss.; p. 37.
- JOLLIOT DE LA MORANPIÈRE., *La septième session de la Conférence de la Haye de droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1952 p. 5 ss.; p. 73.
- LACARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, in *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 359 ss.; p. 180.
- LA TERZA, *La VI Conferenza di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1928, p. 50 ss.; p. 43.
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II ed., vol. I, Milano, 1957, p. 103.
- LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1874; p. 28.
- LONGO (Carlo), *Diritto internazionale pubblico e privato con particolare riguardo al commercio*, Padova, 1930, p. 93.
- LOPEZ DE ONATE, *Prefazione ai « Saggi sulla nazionalità » di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma, 1944; p. 25.
- LORENZ, *Vertragsabschluss und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, Heidelberg, 1957; p. 27.
- LOUIS-LUCAS, *Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français*, in *Revue critique de droit international privé*, 1951, p. 393 ss., p. 597 ss., 1952 p. 55 ss.; p. 97.
- *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois*, in *Mélanges Maury*, vol. II, Paris, 1960, p. 175 ss.; p. 87.
- MAGNI, *Logica, matematica e scienza giuridica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1950, p. 193 ss.; p. 68.
- MAKAROV, *Die Resolution des « Institut de droit international » über das internationale Obligationenrecht von 1908 und deren Einfluss auf die nationalen Kodifikationen des Kollisionsrecht*, in *Festschrift Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 299 ss.; p. 42.
- *Der allgemeine Teil des internationalen Privatrechts im Entwurfe des neuen französischen Kodifikationswerke*, in *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, p. 296 ss.; p. 97.
- *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Tübingen 1952; p. 171.

- MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, Voce in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Vol. III, 1961, p. 111 ss.; pp. 62, 68.
- MALINTOPPI, *La legge regolatrice della ricerca del genitore naturale ed il sistema del rinvio cumulativo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1953, p. 386 ss.; p. 60.
- *Diritto uniforme e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1955, p. 229 ss., p. 514 ss.; p. 145.
- *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, p. 145.
- *Le raccomandazioni internazionali*, Milano, 1958; p. 69.
- *Sul rapporto fra l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles relativa alla polizza di carico e l'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 495 ss.; pp. 29, 146.
- *Valore delle raccomandazioni adottate da conferenze delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 604 ss.; p. 68.
- MANCA, *La deroga alla giurisdizione italiana nel campo marittimo*, in *Diritto marittimo*, 1951, p. 311 ss.; p. 134.
- MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, in *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1874, p. 220 ss., p. 285 ss.; pp. 22, 23, 26, 57, 95.
- MANN, *The proper law of a contract*, in *International law Quarterly*, 1950, p. 57 ss.; pp. 27, 55, 73, 78.
- MARESCA, *Inapplicabilità dell'art. 1342 alle clausole particolarmente onerose inserite in un contratto di noleggio o di trasporto a carico completo*, Nota a Appello Genova, 27-6-1957, in *Diritto marittimo* 1958, p. 500 ss.; p. 134.
- MARIDAKIS, *Reflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris 1960; p. 97.
- MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1913, p. 346 ss.; p. 449 ss.; p. 100.
- MARMO, *Gli arbitrati stranieri con elementi di estraneità*, Roma, 1946; pp. 146, 149.
- *Arbitrato (Diritto internazionale privato)*, Voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 965 ss.; pp. 111, 151.
- *La Convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 31 ss.; p. 155.
- MARMO-MIGLIAZZA, *L'unificazione delle norme di diritto internazionale privato in materia d'arbitrato*, Relazione al Convegno di Milano-Cadenabbia, giugno 1954, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano, 1955, p. 73 ss.; p. 145.
- MATTEUCCI, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1957, I, p. 385 ss.; p. 145.
- MAYER, *Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm*, in *Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, 1931, p. 103 ss.; pp. 26, 66.

- MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht*, Zürich, 1906; p. 134.
- MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, 1904; p. 62.
- *Proroga di giurisdizione e di competenza*, voce in *Nuovo Digesto italiano*, vol. X, Torino, 1939, col. 778 ss.; p. 108.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, IV ed., vol. I, Milano, 1957; p. 90.
- MEZGER, *La jurisprudence française relative aux sentences étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris, 1960, p. 273 ss.; p. 160.
- MICHELI, *Giurisdizione e azione (Premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, p. 473 ss.; p. 105.
- *Corso di diritto processuale civile I^a parte generale*, Milano, 1959; p. 105.
- *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Rivista di diritto processuale*, 1960, I, p. 566 ss.; pp. 142, 143.
- MIGLIAZZA, *L'occupazione bellica*, Milano, 1949; p. 122.
- *Le questioni pregiudiziali nel diritto internazionale privato*, in *Temi*, 1950, p. 477 ss.; p. 60.
- *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 203 ss.; pp. 17, 111, 112, 162.
- *Aspetti della classificazione dei beni secondo il diritto inglese*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. XI, 1954 p. 252 ss. (Nota a Chancery Division, 3-11-1940); p. 50.
- *L'autonomia della volontà nel campo delle successioni*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. XI, 1954, p. 278 ss. (Nota a Chancery Division, 6-7-1945); p. 67.
- *Sulla legge da cui viene regolata la classificazione dei beni*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. XI, 1954, p. 256 ss. (Nota a Chancery Division, 24-1-1947); p. 50.
- *Note critiche sul problema del rinvio*, Milano, 1956, inserito in *Studi in onore di Francesco Messineo*, vol. IV, Milano, 1958, p. 211 ss.; pp. 69, 70, 158, 170.
- *L'indegnità a succedere nel diritto internazionale privato*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. III, p. 195 ss.; pp. 93, 139.
- *A proposito dei concetti di giurisdizione e di competenza per territorio nel diritto processuale civile internazionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. V, p. 231 ss.; pp. 115, 165.
- *La disciplina della forma degli atti di ultima volontà nel diritto internazionale privato*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. VI, p. 179 ss.; pp. 57, 86, 89.
- *Recensione a Klein: Considération sur l'arbitrage en droit international privé*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. VI, p. 482 ss.; p. 133.
- *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano 1961; p. 43.
- *Recensione a Francescakis, La question du renvoi en droit international privé*,

- in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. X, p. 754 ss.; p. 166.
- MINOLI, *Studi e proposte per una legge uniforme sull'arbitrato*, Relazione al Convegno di Milano-Cadenabbia, giugno 1954, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano, 1955, p. 39 ss.; p. 145.
- *Il movimento internazionale per l'arbitrato*, in *Diritto dell'economia*, 1958, p. 38 ss.; p. 161.
- *La nuova convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 954 ss.; pp. 155, 156, 158.
- *L'Italia e la convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, p. 1026 ss.; p. 155.
- MONACO, *Sulla disciplina degli elementi essenziali dell'obbligazione convenzionale in diritto internazionale privato*, Torino, 1933; pp. 16, 21.
- *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940; p. 153.
- *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1942, I, p. 77 ss.; pp. 136.
- *Validità della clausola compromissoria per arbitrato estero*, Nota a Cassazione 27-12-1948, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1950, II, p. 35 ss.; p. 144.
- *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)*, in *Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli*, II ed., Torino, 1954; pp. 11, 16, 46, 74, 95.
- MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, I ed., Padova, 1938 (vol. VII del *Trattato di diritto internazionale diretto da Fedozzi e Romano*); pp. 12, 103, 108, 119.
- *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1943; pp. 20, 86, 87.
- *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco e deroga alla giurisdizione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1953, p. 190 ss.; pp. 102, 113.
- *Diritto processuale civile internazionale*, II ed., Padova, 1954 (Sez. II, Vol. IV del *Trattato di diritto internazionale diretto da G. Balladore Pallieri, G. Morelli e R. Quadri*); pp. 6, 6, 8, 12, 100, 103, 105, 105, 111, 115, 118, 118, 118, 127, 140, 142, 153.
- *Elementi di diritto internazionale privato*, VI ed., Napoli, 1959; pp. 20, 37, 48, 50, 51, 86, 94, 95.
- *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1933, p. 383 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1961, p. 5 ss.; pp. 7, 99, 103.
- *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*, Nota ad Appello Napoli 27-5-1936, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1936, II, p. 374 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1961, p. 131 ss.; pp. 103, 105.
- *Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero*, Nota a Cassazione 31-7-1941, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. X, 1942, p. 74 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 149 ss.; pp. 108, 119, 121.

- *Circa l'indagine sulla competenza del magistrato straniero nel giudizio di deliberazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1927, p. 1 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, 1927, p. 309 ss.; pp. 6, 9.
- *Requisiti formali della clausola compromissoria secondo il Protocollo di Ginevra*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, II, p. 71 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 153 ss.; pp. 113, 150.
- *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di deliberazione*, Nota a varie sentenze, in *Rivista di diritto privato*, 1934, II, p. 5 ss., ed ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 327 ss.; p. 9.
- *Tomaso Perassi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1962, p. 3 ss.; p. 168.
- MORRIS, *The proper law of a contract: a reply*, in *International law Quarterly*, 1950, p. 197 ss.; pp. 27, 55, 78.
- MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formale di una clausola compromissoria per arbitrato estero*, Nota a Cassazione, 2-5-60, in *Foro Padano*, 1961, col. 1125 ss.; pp. 4, 134, 138, 149.
- MOTULSKI, *Nota ad Appello Parigi, 27-1-1955*, in *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 330 ss.; p. 139.
- M. SCA., *Nota a Cassazione, 2-5-1960*, in *Il Foro Italiano* 1960, I, col. 736 ss.; p. 4.
- NAPPI, *Commentario al Codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1941; pp. 114, 115.
- NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 53 ss., p. 579 ss.; p. 33.
- NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927, I, p. 5 ss.; pp. 21, 26.
- *Nota a Cassation, Chambre des Requêtees, 21-4-1932*, in *Revue de droit international privé*, 1932, p. 526 ss.; p. 61.
- NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957; p. 83.
- *Riconoscimento di lodo straniero e validità della clausola compromissoria*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1959, II, p. 124 ss. (Nota ad Appello Firenze 10-6-1958); pp. 145, 159.
- NOLDE, *Détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre impératif (Rapport définitif)*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XXXII, 1925, p. 104 ss.; p. 42.
- OTTOLENGHI, *Lezioni di diritto internazionale*, Torino, 1928; pp. 35, 93.
- *Ancora sugli arbitrati esteri e sulla proroga della giurisdizione italiana*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1916, I, p. 928 ss., ed ora in *Scritti vari di diritto internazionale*, Vol. II, Torino, 1960, p. 388 ss.; p. 5.
- *Nullità della rinuncia di fronte agli stranieri di adire l'autorità giudiziaria italiana*, Nota a Cassazione Roma, 10-6-1920, in *Rivista del diritto commerciale*, 1921, II, p. 14 ss., ed ora in *Scritti vari di diritto internazionale privato*, vol. II, Torino, 1960, p. 447 ss.; p. 114.

- PACCHIONI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, vol. II: *Diritto internazionale privato*, Padova, 1935; pp. 32, 93.
- PANGENSTECHER, *Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessveraussetzungen*, in *Rebels Zeitschrift für internationales Recht*, 1937, p. 337 ss.; p. 115.
- PANDOLFELLI, LUGO, DALLARI, STELLA RICHTER, *Codice civile commentato con i lavori preparatori*, vol. I, Milano, 1939; pp. 44, 45, 62, 94, 115.
- PAU, *I problemi generali del diritto internazionale privato nella recente dottrina italiana (1949-1951)*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Vol. IV, p. 483 ss.; p. 40.
- *Caratteri del diritto internazionale privato*, Roma, 1951; p. 167.
 - *L'attuazione processuale delle norme italiane di diritto internazionale privato nel loro riferimento alle leggi straniere*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol. II, Milano 1957, p. 185 ss.; p. 70.
 - *Caratteri del riconoscimento di situazioni giuridiche straniere nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; pp. 61, 65, 70.
- PERASSI, *Nota a Cassazione 15-3-1927*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1927, p. 390 ss.; p. 108.
- *Nota sulla Convenzione relativa all'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (Ginevra 26-9-1927)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 587 ss.; p. 147.
 - *Legge regolatrice dei contratti e volontà delle parti*, Nota a Cassazione Belga, 24-2-1938, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, Vol. X, 1942, p. 174 ss.; pp. 19, 36.
 - *Discorso inaugurale alla sessione di Siena (1952) dell'Institut de droit international*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 44^o, tomo II, 1952, p. 221 ss.; p. 181.
 - *Lezioni di diritto internazionale. II - Introduzione al diritto internazionale privato*, Padova, 1957; p. 86.
 - *Nota a Cassazione, 21-1-1928*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1928, p. 515 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1958, p. 180 ss., con il titolo *Sull'autonomia dei contraenti*; pp. 15, 36, 49.
 - *Introduzione alle scienze giuridiche*, Bari 1919-1920, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, p. 3 ss.; p. 168.
 - *Intorno al sistema del rinvio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 15 ss. (il saggio venne scritto verso il 1950); p. 170.
- PIERANTONI, *Il diritto civile e la procedura internazionale codificata nelle convenzioni dell'Aja*, Napoli, 1906; p. 23.
- QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo Codice di procedura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1941, p. 3 ss.; p. 99.
- *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1942, p. 257 ss.; p. 99.
 - *Critica del c.d. problema del rinvio*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, Vol. X, 1944, p. 153 ss.; p. 170.
 - *Analyse critique du problème des qualifications*, *Rivista della Facoltà giuridica dell'Università del Cairo*, 1953; p. 75.

- *Lezioni di diritto internazionale privato*, II ed., Napoli, 1955; p. 69, 75.
- *Sulla legge applicabile alla « forma » dei negozi giuridici*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milano, 1957, p. 232 ss.; pp. 57, 87.
- *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere*, Nota a Cassazione civile francese, 8-10-1940, in *Studi critici di diritto internazionale - Diritto internazionale privato*, vol. I, I, Milano, 1958, p. 289 ss.; p. 101.
- *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 456 ss., ed ora in *Studi critici di diritto internazionale - Diritto internazionale privato*, vol. I, I, Milano, 1958, p. 75 ss.; pp. 6, 8, 18, 100, 101, 113.
- *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 288 ss., ed ora in *Studi critici di diritto internazionale - Diritto internazionale privato*, vol. I, I, Milano, 1958, p. 3 ss.; pp. 19, 30, 36.
- *L'interpretazione dei negozi giuridici nel diritto internazionale privato*, in *Studi in onore di Santi Romano*, vol. III, Padova, 1939, p. 209 ss., ed ora in *Studi critici di diritto internazionale - Diritto internazionale privato*, vol. I, I, Milano, 1958, p. 239 ss.; pp. 19, 74, 91.
- *Lezioni di diritto internazionale privato*, III^a ed., Napoli, 1961; pp. 40, 70, 75, 76, 77, 77, 171, 174.
- RAAPE, *Internationales Privatrecht*, V^a ed., Berlin und Frankfurt am Main, 1961; p. 55.
- RABEL, *The conflict of Laws*, vol. II, Chicago, 1947; p. 34.
- *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1952, p. 212 ss.; p. 72.
- RECZEI, *Die Anknüpfung des Obligationstatuts im internationalen Privatrecht*, in *Fragen des internationalen Privatrecht*, Berlin, 1958, p. 195 ss.; p. 24.
- *Internationales Privatrecht*, Budapest, 1960; pp. 7, 101.
- RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1961, p. 606 ss.; p. 111.
- RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tübingen, 1949; p. 115, 131, 133.
- RIGAUX, *La force probante des écrits en droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1961, p. 1 ss.; p. 89.
- ROCCO (Nicola), *Trattato di diritto civile internazionale*, Livorno, 1859 (la prima edizione è: Napoli, 1837); p. 26.
- ROCCO (Alfredo), *Diritto commerciale - Parte generale*, Milano, 1936; p. 32.
- ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia e giurisprudenza teorica* (I ed., postuma, 1839) in *Opere*, a cura del De Giorgi, in 8 volumi, Milano, vol. III, 1842; p. 25.
- ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, II^a ed., Firenze, 1945; p. 167.
- RUBINO, *Valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Vol. I, Padova, 1950, p. 235 ss.; p. 173.
- RUINI, *La dottrina italiana di diritto internazionale privato e processuale*, in

Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, vol. X, p. 469 ss.; pp. 16, 79.

- SALVIOLI, *Su alcune questioni circa la competenza internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919-1920, p. 379 ss.; p. 6.
- *Note critiche sulle obbligazioni in diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919-1920, p. 32 ss.; p. 35.
- SANDERS, *La Convention de New York*, in *Arbitrage international commercial*, Vol. II, The Hague, 1960, p. 292 ss.; pp. 111, 152, 155, 159.
- SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959; pp. 127, 138.
- SATTA-MANCA, *Luogo di svolgimento dell'arbitrato secondo il Protocollo di Ginevra, e legge regolatrice della clausola compromissoria*, Nota a Cassazione, 2-5-1960, in *Diritto marittimo* 1960, p. 375 ss.; pp. 4, 132.
- SAUSER HALL, *Exposé comparatif des principes gouvernant les conflits de lois en matière d'obligations conventionnelles en droit suisse et en droit anglais*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 373 ss.; pp. 27, 44.
- *L'arbitrage en droit international privé, Rapport et projet de Résolutions* presentati alla Sessione di Siena (1952), in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 44^o, tomo I, Bâle, 1952, p. 468 ss.; pp. 131, 141, 161.
- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. dello Scialoja, vol. VIII, Torino, 1898; pp. 24, 28, 59.
- SCERNI, *Il diritto internazionale privato nella nuova codificazione*, Milano, 1939; pp. 44, 44.
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1958; p. 112.
- SCHMITTHOF, *The english conflict of Laws*, London, 1954; pp. 78, 83.
- SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, IV ed., Basel, 1958; pp. 7, 24, 86.
- SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 331 ss.; p. 67.
- SERENI, *Sulla validità e gli effetti della clausola compromissoria per arbitrato estero*, Nota a Cassazione, 22-1-1931, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 394 ss.; pp. 151.
- *La Convenzione di Ginevra per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 591 ss.; p. 153.
- *Sull'accettazione volontaria da parte del convenuto straniero come titolo di competenza giurisdizionale dell'autorità italiana*, Nota a Cassazione, 27-7-1934, in *Foro italiano*, 1934, I, col. 1738 ss.; p. 136.
- *The italian conception of international law*, New York, 1943; p. 29.
- *Questioni di diritto internazionale privato in tema di riconoscimento di figlio naturale*, Nota a Cassazione, 27-3-1961, in *Foro Italiano*, 1962, I, col. 127 ss.; p. 49.
- SEKRA, *La designazione della « lex contractus » (art. 25 disp. prel.)*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano*, vol. III, p. 175 ss.; p. 27.
- SEVERINI, *Su la legge regolatrice di una clausola di deroga alla giurisdizione ita-*

- liana contenuta in una polizza di carico, Nota a Cassazione 23-5-1955, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, pag. 374 ss.; p. 4.
- SIERDUTI, *Su l'assoggettamento volontario ad una giurisdizione straniera secondo le norme generali dell'ordinamento italiano e secondo la norma di adattamento all'art. 2 n. 2 della Convenzione con la Svizzera sull'esecuzione delle sentenze*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1940, p. 247 ss.; p. 6.
- *Correlazioni fra le norme sulla competenza giurisdizionale e le norme sulla competenza territoriale*, Roma, 1940; pp. 9, 102.
- *Sul valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, in *Le leggi d'Italia*, Roma, 1947; p. 65.
- *Sulla capacità in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, p. 284 ss.; pp. 94, 139.
- *Funzione delle norme di diritto internazionale privato e rilevanza interna degli atti stranieri di amministrazione pubblica*, in *Rivista di diritto processuale*, 1951, p. 213 ss.; pp. 65, 169.
- SPEL, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1931, vol. II, p. 389 ss.; p. 120.
- *Die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Italien*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, seconda serie, vol. XV, Roma, 1941, p. 353 ss.; p. 120.
- TARZIA, *Limiti della giurisdizione italiana nell'esecuzione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, I, p. 397 ss.; p. 99.
- UBERTAZZI, *Il comportamento delle parti e la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, in *Diritto internazionale*, 1961, pp. 201 ss.; pp. 11, 87, 90.
- UBINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1933; p. 23.
- *Obbligazioni (Diritto internazionale)*, Voce in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, 1839, p. 1252 ss.; p. 74.
- *Le disposizioni preliminari del Codice della Navigazione*, in *Annali della Facoltà giuridica di Trieste*, 1942; p. 46.
- UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS, *Arbitrage international commercial*, Vol. I, Paris s.d., Vol. II, The Hague, 1960; vedi: SANDERS (in).
- VALLADAO, *Private international law, uniform law and comparative law*, in *XXth Century Comparative and Conflicts law, Legal Essays in honor of Hessel F. Yntema*, Leyden, 1961, p. 98 ss.; p. 145.
- VALLINDAS, *Réflexions sur la conclusion des conventions de droit international privé uniforme*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol. II, Milano, 1957, p. 353 ss.; p. 145.
- *La structure de la règle de conflit*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, III, p. 329 ss.; p. 73.
- VASETTI, *Arbitrato estero*, Voce ne *Il nuovissimo Digesto Italiano*, vol. I, tomo II, Torino, 1958, p. 839 ss.; pp. 17, 111.

- VECCHIONE, *In tema di arbitrato estero*, Nota ad Appello Napoli, 28-12-1953, in *Foro Padano*, 1953, I, col. 939 ss.; p. 151.
- VELLA, *Obbligazioni (diritto internazionale privato)*, Voce in *Digesto Italiano*, Vol. XVI, Torino, 1905-1910, p. 993 s.; pp. 11, 33.
- VENTURINI, *Le questioni pregiudiziali*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, Vol. XI, 1954, p. 184 ss. (Nota a Chancery Division, 26-11-1947); p. 61.
- *Diritto internazionale privato - Diritti reali ed obbligazioni*, Sez. II, Vol. II, T. II del *Trattato di diritto internazionale diretto da G. Balladore Pallieri, C. Morelli e R. Quadri*, Padova, 1956; pp. 79, 94, 94, 140, 140.
- VISCHER, *Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1957, p. 42 ss.; p. 76.
- *Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung*, in *Festsgabe Gerwig*, Basel, 1960, p. 167 ss.; p. 24.
- VITTA, *L'integrazione europea*, Milano, 1962, p. 43.
- WENGLER, *Cours général sur le droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961, vol. IV; p. 57.
- *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, p. 148 ss.; pp. 180, 180.
- *Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift für Ernst Wolff*, Tübingen, 1952, p. 360 ss.; p. 180.
- WOLFF (Martin), *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, III^a ed., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1954; p. 46.
- WORTLEY, *The general Principles of Private international Law from English Standpoint*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1947, vol. II, p. 5 ss.; p. 78.
- YNTEMA, *Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I: *Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*, Tübingen, 1953, p. 512 ss.; pp. 25, 171, 173.
- *Les objectifs du droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1959, p. 1 ss.; p. 174.
- ZANNINI, *Volontà delle parti e « proper law of contract »*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, Vol. XI, 1954, p. 211 ss. (Nota a Judicial Committee of the Privy Council 30-1-1939); p. 78.
- ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, III ed., vol. I, Milano, 1943; p. 103.
- ZICCARDI, *Note esegetiche agli artt. 16-31 (diritto internazionale privato) delle « Disposizioni sulla legge in generale »*, Milano-Messina, 1943; pp. 37, 46.
- *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946; pp. 19, 37, 65, 70.
- *Introduzione critica al diritto internazionale*, Milano, 1956; pp. 38, 65, 96, 169.

-
- *Considerazioni su di una definizione formale del diritto internazionale privato suggerita da Tomaso Perassi*, in *Scritti giuridici in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milano, 1957, p. 447 ss.; p. 182.
 - *Les caractères de l'ordre juridique international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1958, III, p. 263 ss.; p. 68.
 - *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. VI, p. 55 ss.; pp. 99, 169.
- ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1897; p. 123.
- *Idem*, vol. II, Leipzig, 1912; p. 123.
- ZWEIGERT, *Die dritte Schule im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, 1948, p. 35 ss.; pp. 174, 180.

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I - IL RICHIAMO DI NORME MATERIALI STRANIERE E IL RICHIAMO A PROCEDIMENTI ESTRANEI. AFFI- NITÀ NEI DATI E NELLE SOLUZIONI DEI DUE PRO- BLEMI		pp.	3-17
§ 1.	L'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione, e le im- plicazioni che essa comporta	p.	3 ss.
§ 2.	Le ragioni per cui la dottrina italiana nega l'analogia fra il problema del richiamo di norme straniere effettuato me- diante il criterio di collegamento della volontà delle parti, ed il problema del richiamo a sistemi processuali estranei effettuati mediante un atto di deroga	p.	5 ss.
§ 3.	Motivi che fanno dubitare dell'esattezza della tesi: in par- ticolare si mette in rilievo come nella fattispecie delle due norme si valuti in modo identico l'esplicazione dell'autono- mia delle parti	p.	10 ss.
§ 4.	I vari aspetti del problema della valutazione dei requisiti del- l'atto in cui si estrinseca l'autonomia, sia nel campo del diritto internazionale privato, sia nel campo del diritto processuale civile internazionale	p.	15 ss.
 CAPITOLO II - L'ACCORDO DI VOLONTÀ QUALE CRITERIO DI COLLEGAMENTO NELLO SVILUPPO DEL SISTEMA ITA- LIANO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO . . .		pp.	18-46
§ 5.	Posizione della dottrina italiana rispetto al problema - Ne- cessità di un riesame dei dati del problema anche in base alle premesse assunte da quella dottrina	p.	18 ss.
§ 6.	L'art. 9 disp. prel. C.c. 1865 e la teoria della scuola italiana	p.	21 ss.
§ 7.	Gli sviluppi della teoria e le critiche mosse contro di essa . . .	p.	28 ss.
§ 8.	L'art. 58 C. com. del 1882: il suo significato e il suo va- lore nell'insieme del sistema italiano	p.	31 ss.
§ 9.	Tentativi di creare un sistema unitario che comprenda le due norme - L'opera dell'Anzilotti e la critica positivista alla teoria del Mancini	p.	32 ss.
§ 10.	L'opera del Perassi e degli autori che a lui si ricollegano - La sistemazione compiuta dall'Ago. L'accoglimento dell'affermazione del Mancini in base ad un presupposto diverso	p.	35 ss.
§ 11.	Atteggiamenti della dottrina italiana rispetto alla funzione dell'autonomia privata e loro significato - Come la dottrina italiana presenti, in questa materia, uno sviluppo senza solu- zioni di continuità	p.	37 ss.

§ 12. L'art. 25, I comma disp. prel. al C.c. del 1942: suo significato attraverso un esame dei lavori preparatori. Come ed entro quali limiti sia stata superata la tesi affermatasi in quella sede rispetto alla disciplina della validità dell'accordo . . .	p.	43 ss.
CAPITOLO III - LA VALUTAZIONE DELL'ACCORDO DELLE PARTI NELL'ORDINAMENTO RICHIAMANTE E NELL'ORDINAMENTO RICHIAMATO	pp.	47-97
§ 13. Premesse generali	p.	47 ss.
§ 14. Esame critico delle affermazioni della dottrina positivista condotto in base alle premesse da essa accolte	p.	49 ss.
§ 15. In quale modo ed entro quali limiti l'accordo di volontà venga utilizzato ai fini del collegamento	p.	52 ss.
§ 16. Conseguente necessità di valutare l'accordo sia in base alla <i>lex fori</i> che in base alla <i>lex causae</i> . Sul nesso di pregiudizialità esistente fra i due giudizi	p.	59 ss.
§ 17. Implicazioni relative alla soluzione accolta. Il nesso di pregiudizialità e la sua utilizzazione nel diritto internazionale privato	p.	63 ss.
§ 18. Esame della soluzione accolta relativamente alla volontà delle parti in base al testo dell'art. 25, I comma disp. prel. al C.c., e alla elaborazione della norma. Sul principio adottato nella Convenzione sulla legge applicabile alle vendite di carattere internazionale di cose mobili	p.	71 ss.
§ 19. Analisi di talune dottrine che partono da una critica delle posizioni estreme della teoria positivista. La tesi del Quadri e la tesi del Bentivoglio. Punti di contatto fra i due scrittori. Osservazioni circa la valutazione dell'accordo nei loro più recenti lavori	p.	74 ss.
§ 20. La tesi del Barile. Come nelle teorie degli scrittori presi in esame (e in particolar modo nella teoria del Barile) non si abbandonino completamente le affermazioni essenziali della concezione positivista	p.	82 ss.
§ 21. Delimitazione del criterio di collegamento dato dall'accordo delle parti agli aspetti sostanziali della manifestazione di volontà. Come si ponga diversamente il problema della disciplina dei requisiti formali dell'accordo	p.	84 ss.
§ 22. Il problema della disciplina dei presupposti e dei requisiti soggettivi dell'accordo: qualità di soggetto nelle parti, loro capacità di diritto e di agire; e soluzione di esso attraverso il richiamo operato dall'art. 17 delle Preleggi	p.	92 ss.
CAPITOLO IV - PREMESSE GENERALI RELATIVE ALLA FUNZIONE DELL'ACCORDO DI DEROGA	pp.	98-116
§ 23. Rapporto fra la soluzione data al problema della natura e della funzione dell'accordo di deroga e la concezione assunta circa la determinazione dell'ambito della giurisdizione nazionale	p.	98 ss.

§ 24.	Dimostrazione dell'esistenza di questo rapporto attraverso un esame della dottrina italiana, ed in particolare dei lavori del Carnelutti e del Morelli	p.	99 ss.
§ 25.	Teorie accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la natura e la funzione dell'accordo di deroga e circa la valutazione dei suoi requisiti, anteriormente e successivamente alla legislazione del 1942	p.	107 ss.
§ 26.	Esegesi dei dati legislativi anche in base ai lavori preparatori del Codice di procedura civile. Scarso significato di questi ultimi ai fini d'una risoluzione del problema	p.	113 ss.
CAPITOLO V - CONSIDERAZIONI SULLA NORMA CHE PREVEDE LA DEROGA, E SULLA DISCIPLINA CHE ESSA ATTUA			pp. 117-162
§ 27.	Impostazione del problema della valutazione dei requisiti dell'accordo di deroga ad opera della dottrina e della giurisprudenza italiana	p.	117 ss.
§ 28.	L'art. 2 C.p.c. del 1942, il suo significato nell'evoluzione del sistema italiano e la sua interpretazione da parte della dottrina positivista	p.	119 ss.
§ 29.	Le posizioni del Morelli e del Giuliano. Come questi scrittori giungano a diverse soluzioni partendo da premesse analoghe	p.	122 ss.
§ 30.	Necessità di accertare l'esistenza dei requisiti sostanziali dell'accordo di deroga sia secondo il sistema derogato, sia secondo il sistema cui le parti hanno fatto riferimento. Sul nesso di pregiudizialità che intercorre fra i due giudizi	p.	124 ss.
§ 31.	Il problema di una autonoma disciplina della clausola di deroga per arbitrato estero: ragioni della soluzione negativa	p.	131 ss.
§ 32.	La disciplina dei requisiti formali dell'accordo di deroga. Applicabilità dell'art. 26 delle Preleggi. Il requisito della scrittura di cui all'art. 2 C.p.c. Le clausole previste agli artt. 1341 e 1342 C.c.	p.	134 ss.
§ 33.	La disciplina della capacità delle parti, e della loro legittimazione sostanziale e processuale. Applicazione all'accordo di deroga del principio <i>tempus regit actum</i>	p.	139 ss.
§ 34.	Particolari aspetti del problema della disciplina della deroga nel caso di convenzioni in materia arbitrale tendenti ad introdurre un sistema uniforme	p.	145 ss.
§ 35.	Il sistema del Protocollo e della Convenzione di Ginevra e le sue caratteristiche	p.	148 ss.
§ 36.	Il sistema della Convenzione di New York, e la sua sostanziale novità. Cenni sulle tendenze manifestatesi nei lavori dell' <i>Institut de droit international</i>	p.	155 ss.
CAPITOLO VI - CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE			pp. 163-182
§ 37.	Aspetti e tendenze generali della dottrina italiana rispetto al problema dell'autonomia della volontà ed al problema della validità dell'atto di deroga	p.	163 ss.

- § 38. L'atteggiamento unitario della dottrina italiana e della giurisprudenza pur nei loro diversi sviluppi e nella affermata distinzione dei due problemi p. 167 ss.
- § 39. Esame dei dati assunti e delle soluzioni accolte in questo studio, e motivi dei risultati raggiunti p. 175 ss.
- § 40. In particolare sul metodo seguito e sull'opportunità di una indagine storico-sistematica delle norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale . . . p. 179 ss.