

EMANUELE CALÒ

COLLANA
DI
DIRITTO
EUROPEO

Le nuove fonti europee
d'immediata applicazione
nell'attività professionale



Edizioni Scientifiche Italiane

Collana di Diritto europeo

1

diretta da Emanuele Calò

Direttore:

Emanuele Calò

Comitato Scientifico:

Anselmo Barone

David Boulanger

Giovanni Liotta

Paolo Pasqualis

Giuseppe Rescio

Franco Salerno Cardillo

Giuseppe Trapani

Monica Velletti

EMANUELE CALÒ

Le nuove fonti europee
d'immediata applicazione
nell'attività professionale



Edizioni Scientifiche Italiane

CALÒ, Emanuele
Le nuove fonti europee d'immediata applicazione nell'attività professionale
Collana di Diritto europeo, 1
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
pp. 288; 24 cm
ISBN 978-88-495-2642-4

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

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

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

<i>Introduzione</i>	9
CAPITOLO I – <i>Condizione giuridica e limitazioni allo status dello straniero</i>	
1. Premessa	11
1.1. Il principio di reciprocità nella giurisprudenza	11
1.2. Ambito oggettivo e soggettivo - Il ruolo dei trattati	15
1.3. Subentra il diritto dell'U.E.: il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012	20
1.4. Un dibattito sterile? In dottrina si discute la vigenza del principio di reciprocità	21
2. Reciprocità e diritti fondamentali	23
2.1. Successioni	25
2.2. Reciprocità e associazioni	28
2.3. Diritto all'abitazione	29
3. Cessione di fabbricati	30
4. Reato di clandestinità	38
CAPITOLO II – <i>Il regolamento Roma I (Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali)</i>	
1. La disciplina in generale - il contratto «alieno»	49
2. Le donazioni	64
2.1. Norma di conflitto nelle donazioni	64
2.2. Qualificazione e interpretazione	69
CAPITOLO III – <i>Il Regolamento Roma II (Reg. CE n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali)</i>	
1. La disciplina pregressa	73
2. Una nuova disciplina	74

3. Norme applicabili in assenza di <i>professio iuris</i>	77
4. Autonomia privata e ruolo del Notaio	79
CAPITOLO IV – <i>Regolamento Roma III: la disciplina europea del divorzio</i>	
1. Effetti personali	85
2. Effetti patrimoniali	100
CAPITOLO V – <i>Regime patrimoniale della famiglia</i>	
1. Diritto vigente	109
2. Un’inversione di tendenza	116
2.1. Proposta di Regolamento del 16 marzo 2011	116
2.2. L’asse franco tedesco	118
3. Matrimoni e convivenze dello stesso sesso	120
3.1. Matrimonio	120
3.2. Le convivenze registrate	127
CAPITOLO VI – <i>Successioni ed autonomia privata</i>	
1. Le successioni nel diritto internazionale privato	137
2. Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo	143
2.1. Generalità	149
2.2. Il versante francese e quello italiano	150
2.3. Rinvio	151
2.4. <i>Professio iuris</i>	152
2.5. Pianificazione successoria - Clausole di consolidazione - patti successori	153
2.6. Testamento congiuntivo	155
2.7. Ordine Pubblico	156
2.8. Regime transitorio	159
CAPITOLO VII – <i>Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - La sua abrogazione ad opera del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012</i>	
	163

Appendice

Estratto del Regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003	171
Estratto del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008	175
Decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 – Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari	177
Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale	185
Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)	193
Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)	215
Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo	225
Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale	253

Introduzione

L'Articolo 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea dispone:

Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.

Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi.

Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti

Ne consegue che i regolamenti che riguardano l'attività professionale debbono ricevere la massima attenzione, sia in considerazione degli interessi di un corretto servizio di consulenza giuridica sia per via della responsabilità professionale relativa all'ordinaria diligenza nell'acquisizione delle fonti.

Il presente volume è stato predisposto per lo svolgimento di lezioni, relazioni e conferenze, onde lasciare traccia sia degli aggiornamenti legislativi, dottrinari e giurisprudenziali intervenuti dalle mie ultime pubblicazioni, sia per presentare argomenti nuovi, alcuni già emanati e altri in avanzata fase propositiva.

Il primo capitolo, pur non riguardando direttamente e nella sua globalità il diritto europeo, riguarda soprattutto la condizione dello straniero, e costituisce una premessa opportuna al resto dello svolgimento. La messa a punto dei regolamenti Roma I, II e III e del Regolamento successioni, assieme allo stato dell'arte in tema di regime patrimoniale della famiglia e convivenze e, infine, alla sostituzione del reg. 44/2001 col regolamento 1215/2012, è compiuta al fine di fornire un quadro il più possibile aggiornato dell'applicazione e delle prospettive del diritto dell'Unione Europea nell'ambito del diritto privato.

Sullo sfondo aleggia, in ogni caso, il filo conduttore della trattazione, che è costituito dalla vastissima possibilità di costruire la fattispecie, anche in presenza di elementi d'estraneità che sono, talvolta, addirittura opinabili. Se così non fosse, non potremmo rendere ragione dell'esistenza di migrazioni strumentali all'applicazione di norme straniere (come nel caso dei divorzi romeni cui ricorrono tanti cittadini italiani). Questo, d'altronde, è l'esito pressoché naturale della concorrenza fra ordinamenti, laddove quello meno aggiornato o meno adeguato finisce, talvolta, per essere eliso.

È indispensabile considerare non soltanto le fonti qui indicate, che costituiscono soltanto un nucleo importante, ma non esauriente, di un quadro normativo ben più vasto, quello europeo, che richiede un'attenzione – non è ozioso ribadirlo – almeno pari a quella rivolta verso l'ordinamento nazionale.

CAPITOLO I

Condizione giuridica e limitazioni allo status dello straniero

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Il principio di reciprocità nella giurisprudenza. - 1.2. Ambito oggettivo e soggettivo – Il ruolo dei trattati. - 1.3. Subentra il diritto dell'U.E.: il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012. - 1.4. Un dibattito sterile? in dottrina si dibatte la vigenza del principio di reciprocità. - 2. Reciprocità e diritti fondamentali. - 2.1. Successioni. - 2.2. Associazioni. - 2.3. Diritto all'abitazione. - 3. Cessione di fabbricati. - 4. Reato di clandestinità.

1. *Premessa*

La predisposizione di un atto giuridico ai sensi delle norme di conflitto europee potrebbe coinvolgere anche uno straniero extraeuropeo non legittimamente soggiornante in Italia, nel qual caso si dovrebbe tener conto della disciplina della condizione dello straniero, appresso esaminata. Naturalmente, nel caso delle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri dell'Unione europea non è applicabile la condizione di reciprocità, a meno che il diritto europeo la contempli espressamente. È opportuno ribadire (se non altro perché talvolta persiste qualche equivoco), che siffatta condizione di persona fisica o giuridica europea è di regola incompatibile con l'applicazione del principio di reciprocità, come vedremo meglio in seguito.

1.1. *Il principio di reciprocità nella giurisprudenza*

Ai sensi dell'art. 16 disp. prel. c.c., «*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere*»¹.

¹ E. CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, *id*, *La nuova disciplina della condizione dello straniero*, Milano, 2000; A.G. CIANCI, *Soggetto straniero e attività negoziale – Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*,

Il principio di reciprocità è rimasto in qualche modo sopito per decenni, per subire un brusco risveglio al momento di una circolare del Procuratore Capo di Palermo nei primi anni ottanta, a seguito degli acquisti libici in Pantelleria. Bisogna però rammentare che l'acquisto, sempre libico, di rilevanti partecipazioni azionarie nella nostra maggiore industria automobilistica, dopo la guerra del Kippur (1973) non fu sottoposto ad alcun controllo, benché all'epoca non sussistesse la reciprocità con quel Paese nel settore societario.

Le pronunce giurisprudenziali e la numerosa dottrina in materia, testimoniano di un persistente interesse nei riguardi di questo principio, considerato ancora un caposaldo del nostro sistema. Ad esempio, Tribunale Bergamo del 14 marzo 2008² ha deciso che *«i prossimi congiunti di uno straniero deceduto a seguito di un sinistro stradale, ove residenti in uno stato estero, sono tenuti a dimostrare la sussistenza della condizione di reciprocità, qualora agiscano per il risarcimento dei danni patrimoniali consistenti nelle spese funerarie e nella perdita della contribuzione economica»* in quanto *«rispetto ai danni patrimoniali per spese di funerale e per perdita della contribuzione economica, che suppongono (e risarciscono) eventi negativi indotti sul patrimonio dalla lesione prima (danno ingiusto ex art. 2043 c.c.), ma da essa distinti e consequenziali. Qui il risarcimento non ha funzione (prevalentemente) satisfattiva, ma (totalmente) compensativa proprio perché l'evento dannoso non è più la lesione del diritto inviolabile, ma la perdita di una posta patrimoniale»*. Ne consegue, quindi, che colui il quale uccide colposamente un soggetto, non è tenuto nemmeno a pagare le spese del funerale, in quanto *«si tratta invero di danni che non sono identificabili quali espressione diretta della lesione del diritto inviolabile, risarcibili cioè sulla base del mero disposto costituzionale»*. La proprietà, secondo questa lettura della carta costituzionale, non sarebbe un diritto inviolabile.

Evidentemente, non c'è traccia del dilemma di Antigone, che pure è alla base del diritto naturale. Anni or sono, abbiamo annotato una sentenza di Cassazione riguardante la responsabilità aquiliana; più precisamente, abbiamo ritenuto che il principio che si esprime nel *neminem laedere* rientrasse nei diritti fondamentali, ma per la nostra giurisprudenza così non è. Sarebbe stato logico asserire che un conto è acquisire dei diritti, un altro e perderli, perciò si potrebbe, a tutto

Milano, 2007; A. BUSANI, M. MOLINARI *Condizione di reciprocità e nomina di cittadino straniero nel consiglio di amministrazione di s.p.a.*, *Le Società*, 2011, p. 158; B. NASCIMBENE, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 307; F. BENDIT-ROHMER, *Union européenne et droits fondamentaux*, *RTDeur*, 2012, p. 375.

² *Foro it.*, 2008, I, 2032.

concedere, ritenere che l'acquisto di un diritto sia soggetto a reciprocità, mentre è per noi inconcepibile che anche la sua perdita sia soggetta a reciprocità.

Non dovremmo ammettere che uno straniero possa essere danneggiato, a prescindere, nel caso in cui non ricorra la condizione di reciprocità. L'art. 3 della carta costituzionale è riferito testualmente ai soli cittadini³, ma questa sarebbe una buona ragione per esprimere un giudizio meno positivo rispetto alla visione della Costituzione che la considera non come una conquista di civiltà ma come un testo immune da critiche. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 20, dispone che tutti sono eguali davanti alla legge, ed è difficile ipotizzare che la Corte di Giustizia possa accettare il concetto che l'eguaglianza e la disuguaglianza non riguardino il diverso trattamento del risarcimento dei danni a seconda dello *status civitatis* e del connotato transfrontaliero, di cui appresso.

Si consideri, come detto, che l'art. 16 Prel. riguarda l'acquisizione di diritti, mentre i principi che sono alla base del principio *neminem laedere* riguardano non l'acquisizione di alcunché bensì la perdita di un diritto. Tanto basterebbe per sottrarre la responsabilità aquiliana al principio di reciprocità.

Questa tendenza è stata confermata di recente da Cass. 450/2011⁴, in quanto la Cassazione continua ad affermare la vigenza del principio di reciprocità in tema di responsabilità aquiliana, fatti salvi i diritti fondamentali. Ne consegue che, come affermato quasi vent'anni

³ Rispetto ai diritti inviolabili, però, il principio d'eguaglianza si estende anche ai non cittadini (A. CELOTTO, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. 1, p. 69).

⁴ Cass. 11 gennaio 2011, n. 450, *Corriere Giuridico*, 2011, p. 495, nota di R. BONINI, *Il danno allo straniero sempre risarcibile anche nei riguardi del fondo di garanzia; Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, p. 509, con nota di F. CORBETTA, *Condizione di reciprocità, risarcimento del danno da perdita del familiare e azione diretta contro l'assicuratore: «Il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, subiti dallo straniero, anche extracomunitario, che a seguito di un sinistro stradale abbia subito la lesione di diritti inviolabili della persona umana, quali il diritto alla salute e all'integrità psicofisica e il diritto ai rapporti parentali-familiari, può essere fatto valere, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, non solo con l'azione risarcitoria contro il danneggiante, ma anche mediante l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del fondo di garanzia per le vittime della strada»*. In seguito, vedi Cass. 2 febbraio 2012, n. 1493 (ordinanza), in *Resp. Civile e previdenza*, 2012, con nota di M. WINKLER, *Il principio di reciprocità nell'era dei diritti fondamentali*. Vedi anche V. CINGANO *La condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 preleggi e il risarcimento danni da provvedimento amministrativo illegittimo*, in *Giur. Merito*, 2011, p. 2328 nonché L. ZAFFARONI, *Risarcimento del danno non patrimoniale allo straniero*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, II, p. 254.

addietro⁵ (e poi ripreso con citazioni dall'incerta attribuzione), si potrebbe eventualmente danneggiare impunemente (salvo i profili penalistici) uno straniero non europeo, purché non se ne ledano quelli che sono stati individuati come diritti inviolabili. Sennonché, la Suprema Corte prende atto che all'interprete è consentito rinvenire, nel numero aperto dei diritti fondamentali, nuovi diritti attenenti a posizioni inviolabili della persona umana. Tuttavia, la Cassazione continua ad avere come punto di riferimento la carta costituzionale, trascurando il ruolo degli strumenti sovranazionali, che pure dovrebbero avere un ruolo.

Appare significativo questo passaggio della sentenza: «...potrà invece essere fatto valere, in assenza della condizione di reciprocità, il danno da perdita o danneggiamento di cose (generalmente il veicolo) subito dallo straniero extracomunitario (per i cittadini dell'Unione Europea, invece, opera l'art. 6 del Trattato CE, ratificato con l. n. 3 del 1957, per cui essi non possono essere discriminati dalla legislazione italiana nell'esercizio dei diritti civili). In questo caso, infatti, ciò che è lesa è il diritto alla proprietà di quello specifico bene e tale diritto non costituisce, secondo l'opinione prevalente, un diritto inviolabile della persona umana».

La Costituzione, peraltro, stabilisce che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (art. 42). Il diritto di proprietà è garantito dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.

Certamente, si potrebbe sostenere che questi strumenti non siano d'applicazione diretta, e che la Carta, in particolare, riguardi soltanto le situazioni c.d. transfrontaliere. Tuttavia, i principi generali, secondo la dottrina più moderna⁶, che richiama la giurisprudenza della Corte⁷, si applicano anche alle situazioni meramente interne. Inoltre, soccorrono ancora altri argomenti, che sono: la discriminazione a rovescio, la cittadinanza europea (naturalmente, quando il caso si verifichi) ed il principio di eguaglianza ex art. 3 della Costituzione.

⁵ Cass. 10 febbraio 1993, n. 1681, *Foro it.*, 1983, I, 3067, nota di E. CALÒ, *L'accesso dello straniero al fondo di garanzia per le vittime della strada*.

⁶ G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, *Dir. Unione Europea*, 2011, p. 837.

⁷ STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, cit., cita il caso *Ruiz Zambrano* (C- 36/69 dell'8 marzo 2011) quale paradigma di situazioni meramente interna dove lo status di cittadino europeo è sufficiente ad attribuire il godimento de diritti fondamentali, a prescindere dalla sussistenza o meno di situazioni transfrontaliere.

Dal canto nostro, troviamo che in materia di diritti fondamentali⁸ dovrebbero, in tesi, esservi sostanziali convergenze, poiché non si potrebbe certamente addivenire ad una visione dicotomica di siffatti diritti, che dimorerebbero taluni in ambito transfrontaliero ed altri in ambito domestico. Non occorrono grandi doti di coraggio o, peggio, di spregiudicatezza, per risparmiare tempo ed energie, ricorrendo all'argomento apagogico, che ci appare largamente sufficiente.

1.2. Ambito oggettivo e soggettivo - Il ruolo dei trattati

L'art. 16 Prel. è stato abbondantemente eroso, nel tempo; a) dall'allargamento progressivo degli Stati membri dell'Unione Europa e dall'ampliamento, ad opera del diritto europeo, del novero dei diritti fondamentali; b) dall'emanazione del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero⁹, la cui di-

⁸ G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. Priv.*, 2011, p. 417; R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, *Dir. Un. Europea*, 2011, p. 319.

⁹ Art. 2 d. lgs. 286/1998

1. Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

2. Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione.

3. La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

4. Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale.

5. Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.

6. Ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato.

7. La protezione diplomatica si esercita nei limiti e nelle forme previsti dalle norme di diritto internazionale. Salvo che vi ostino motivate e gravi ragioni attinenti alla amministrazione della giustizia e alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza

disciplina d'attuazione (d.P.R. 394/1999) all'art. 1¹⁰ esenta dalla verifica della condizione di reciprocità i titolari di taluni permessi di soggiorno¹¹, c) dalla scelta del Servizio Contenzioso Diplomatico del Ministero Affari Esteri, di applicare al posto dell'art. 16 Prel. il dispo-

nazionale, ogni straniero presente in Italia ha diritto di prendere contatto con le autorità del Paese di cui è cittadino e di essere in ciò agevolato da ogni pubblico ufficiale interessato al procedimento. L'autorità giudiziaria, l'autorità di pubblica sicurezza e ogni altro pubblico ufficiale hanno l'obbligo di informare, nei modi e nei termini previsti dal regolamento di attuazione, la rappresentanza diplomatica o consolare più vicina del Paese a cui appartiene lo straniero in ogni caso in cui esse abbiano proceduto ad adottare nei confronti di costui provvedimenti in materia di libertà personale, di allontanamento dal territorio dello Stato, di tutela dei minori di status personale ovvero in caso di decesso dello straniero o di ricovero ospedaliero urgente e hanno altresì l'obbligo di far pervenire a tale rappresentanza documenti e oggetti appartenenti allo straniero che non debbano essere trattenuti per motivi previsti dalla legge. Non si fa luogo alla predetta informazione quando si tratta di stranieri che abbiano presentato una domanda di asilo, di stranieri ai quali sia stato riconosciuto lo status di rifugiato, ovvero di stranieri nei cui confronti sono state adottate misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

8. Gli accordi internazionali stipulati per le finalità di cui all'articolo 11, comma 4, possono stabilire situazioni giuridiche più favorevoli per i cittadini degli Stati interessati a speciali programmi di cooperazione per prevenire o limitare le immigrazioni clandestine.

9. Lo straniero presente nel territorio italiano è comunque tenuto all'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente

¹⁰ Art. 1 Accertamento della condizione di reciprocità (1).

1. Ai fini dell'accertamento della condizione di reciprocità, nei casi previsti dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di seguito denominato: «testo unico», il Ministero degli affari esteri, a richiesta, comunica ai notai ed ai responsabili dei procedimenti amministrativi che ammettono gli stranieri al godimento dei diritti in materia civile i dati relativi alle verifiche del godimento dei diritti in questione da parte dei cittadini italiani nei Paesi d'origine dei suddetti stranieri.

2. L'accertamento di cui al comma 1, non è richiesto per i cittadini stranieri titolari della carta di soggiorno di cui all'articolo 9 del testo unico, nonché per i cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno.

¹¹ Sui matrimoni di comodo, però, vedi art. 30, comma 1-*bis* d.lgs 286/1998 (T.U. condizione straniero) «*Il permesso di soggiorno nei casi di cui al comma 1, lettera b), è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole. La richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero di cui al comma 1, lettera a), è rigettata e il permesso di soggiorno è revocato se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato*»; in dottrina, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza, Famiglia e Diritto*, 2007, p. 955.

sto dei trattati bilaterali, ancorché sovente corredato da sporadici controlli della reciprocità.

Tuttavia, al principio basilare per cui la condizione di reciprocità è incompatibile col diritto dell'Unione Europea vi è un'importante eccezione, costituita dall'art. 12, comma 3° della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto¹².

Nel frattempo, la posizione del ministero degli Affari esteri, esposta nel suo sito, è la seguente:

*«Casi in cui non è necessario verificare la condizione di reciprocità
In base al Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 sono parificati ai cittadini italiani e, dunque, dispensati dalla verifica della condizione di reciprocità:*

– i cittadini (persone fisiche o giuridiche) degli Stati membri dell'UE nonché i cittadini dei Paesi SEE (Islanda, Liechtenstein e Norvegia);

– i cittadini extracomunitari che soggiornino in territorio italiano e siano titolari della carta di soggiorno o di un regolare permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio;

– gli apolidi residenti in Italia da almeno 3 anni;

– i rifugiati residenti da almeno 3 anni.

Inoltre, agli stranieri comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dal diritto internazionale generale.

Gli investimenti stranieri

Per «Investimento» si intende, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta e dall'ordinamento giuridico di riferimento, ogni bene investito da investitori di una parte contraente nel territorio dell'altra, in conformità alle leggi ed ai regolamenti di quest'ultima.

Tra le ipotesi più comuni di investimento figurano: diritti di proprietà su beni immobili, mobili ed altri diritti reali; crediti monetari ed altre prestazioni a titolo oneroso derivanti da contratti; acquisizione di imprese esistenti o di quote di esse; creazione di imprese nuove; diritti d'autore e di proprietà industriale; concessioni di legge,

¹² F.M. MUCCIARELLI, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'OPA*, *Giur. Comm.*, 2005, p. 830; M. VENTORUZZO, *Il principio di reciprocità*, in: *Le offerte pubbliche di acquisto*, a cura di M. STELLA RICHTER jr., Torino, 2011, p. 148; M. V. BENEDETTELLI, *La disciplina internazionale privatistica*, id, p. 17.

come quelle di esplorazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali.

Secondo interpretazione costante, si ritiene che l'accertamento della condizione di reciprocità non vada effettuato per i cittadini di quei Paesi con i quali l'Italia ha concluso Accordi bilaterali in materia di promozione e protezione degli investimenti (Bilateral Investment Treaties, o BITs).

In tal caso, infatti, il provvedimento di ratifica ed esecuzione dell'Accordo assume carattere di «lex specialis» rispetto alla previsione generale dell'art. 16 delle Preleggi e si ritiene esistente la condizione di reciprocità relativamente alle materie disciplinate.

Si specifica, in ogni caso, che per la particolare tematica dell'assunzione di cariche sociali, se non contemplata negli Accordi, dovrebbe essere verificata la condizione di reciprocità caso per caso».

Questa posizione del ministero nei riguardi del ruolo dei trattati, è stata esposta da noi, con i medesimi termini e ragionamenti, nel 1990, così come, nei riguardi dei diritti fondamentali¹³; posizione che è stata adottata dal citato ministero dopo molti anni.

Nell'elenco Paesi sul sito web del dicastero degli Esteri vi è questo disclaimer:

«Si informa che nella presente sezione sono riportate esclusivamente le informazioni assunte dal Servizio per gli Affari Giuridici, del Contenzioso diplomatico e dei Trattati tramite le rappresentanze diplomatiche italiane all'estero. Esse non hanno valore legale e sono da interpretare esclusivamente come indicazioni di massima».

Ora, l'art. 1, comma 1 dpr 394/1999 (riportato in nota), dispone che «il Ministero degli affari esteri, a richiesta, comunica ai notai...» Sennonché, l'applicazione della norma comporterebbe l'impossibilità per gli stranieri extra UE di compiere qualsiasi atto giuridico (perché non includervi un contratto d'albergo e l'acquisto di un elettrodomestico?) perché dovrebbero attendere un lasso di tempo imprecisato. Ne consegue che solo un elenco può sopperire a questa esi-

¹³ E. CALÒ, *Reciprocità: un misleading case?* (nota a Trib. Roma 30 agosto 1989), *Giur. It.*, 1990, II, 734 ss.; *Id.*, *Il principio di reciprocità*, cit., p. 24 e 261 ss. Sempre nei riguardi dei diritti fondamentali, vedi Cass. civ., 7 giugno 1990, n. 5454. «Dal coordinamento dell'art. 16 delle preleggi, che ammette lo straniero a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano a condizione di reciprocità, con l'art. 24, 1° comma, cost. – per il quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi – si deduce che allo straniero, non diversamente che al cittadino, è riconosciuto il potere di azione, il quale, in quanto non direttamente contemplato dall'art. 16 cit., non è soggetto alla condizione di reciprocità posto da detta norma» (*Foro it.*, 1991, I, 172).

genza, ma il ministero teme che le sue informazioni possano non essere aggiornate, e quindi ricorre al *disclaimer*.

Nei riguardi della condizione di reciprocità prevista dal code civil, Virally *evidenziava che* «*aujourd'hui il est admis que l'article 11¹⁴ (du code civil n.d.a.) accorde à l'étranger la jouissance des tous les droits civils, à l'exception de ceux expressément réservés aux étrangers ou subordonnés, également de façon expresse, à la réciprocité*»¹⁵.

Poiché da noi l'art. 16 Prel. è interpretato, invece, non in modo riduttivo come in Francia bensì nella sua massima potenza, esso finisce per diventare di pressoché impossibile gestione, soprattutto se corredato da disposizioni, come l'art. 1 comma 1 d.P.R. 394/1999, svincolate da appigli con la sua reale applicazione. Problema, questo, che permea anche le scienze giuridiche, troppo spesso impegnate in studi astratti, laddove l'astrazione può solo riflettere e sancire la loro radicale inconciliabilità con la realtà.

Ora, poiché non è pensabile che delle informazioni fornite tramite il solo mezzo attualmente atto a veicolare informazioni in tempo reale, possano essere inutili, perché altrimenti lo Stato italiano non le avrebbe messe in rete, dobbiamo dedurne che eventuali errori ivi contenuti non possano ricadere né sull'utente (il quale deve fare affidamento sui dati fornitigli da un sito ufficiale) né sul ministero stesso, poiché si tratta di valutazioni sul diritto straniero alle quali si applica, quanto meno in via analogica, tutta la disciplina in materia di prova del diritto straniero. Il *disclaimer*, quindi, è superfluo, e in ogni caso, fa bene l'utente a fare affidamento su un'interpretazione della norma, da parte del ministero, che tende palesemente a rendere operante una norma che, altrimenti, sarebbe inapplicabile. Infatti, rispondere volta per volta agli utenti è un approccio discutibile per la società dell'Ottocento, impossibile per quella del terzo millennio.

Sono trascorsi quasi vent'anni da quando accennammo alle interazioni fra condizione dello straniero e diritto europeo¹⁶, ricordando come i trattati europei, e ora l'art. 64 TFUE, stabilissero che «1. Le disposizioni di cui all'articolo 63 lasciano impregiudicata l'applicazione ai paesi terzi di qualunque restrizione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell'Unione per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti

¹⁴ Art. 11 – *L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.*

¹⁵ M. VIRALLY, *Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain*, Academie de droit international, Recueil des Cours, Volume 122 (1967/III), p. 2.

¹⁶ CALÒ, *Il principio di reciprocità*, cit., p. 282 ss.

da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati...». Questa disposizione comportava e comporta che il nostro Paese, dal 1993, non potesse emanare norme restrittive degli investimenti esteri.

1.3. *Subentra il diritto dell'U.E.: il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012*

Da ultimo, il Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, prende le mosse da una ricognizione del mutato quadro normativo, per dettare una disciplina che attua lo spostamento di competenze in materia, dal piano nazionale a quello europeo. Il primo considerando esordisce così: «*conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»), l'Unione europea ha competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune. Di conseguenza, soltanto l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, TFUE».*

L'art. 2 dispone che entro l'8 febbraio 2013 o entro trenta giorni dalla data della loro adesione all'Unione, gli Stati membri notificano alla Commissione tutti gli accordi bilaterali in materia di investimenti conclusi con paesi terzi firmati prima del 1° dicembre 2009 o prima della data di adesione, se posteriore, che desiderano mantenere o fare entrare in vigore in conformità a quanto disposto dal presente capo (c.d. *grandfathering*¹⁷). La notifica contiene una copia di tali accordi bilaterali in materia di investimenti. Questi accordi notificati (art. 3) possono essere mantenuti in vigore o entrare in vigore, finché non entri in vigore un accordo bilaterale sugli investimenti fra l'UE e lo stesso paese terzo. L'elenco degli accordi bilaterali sugli investimenti notificati ai sensi dell'art. 2, dell'art. 11, par. 6 o dell'art. 12, par. 6, è pubblicato nella G.U.U.E. ogni dodici mesi (art. 4); la prima pubblicazione della lista d'accordi bilaterali sugli investimenti ha luogo

¹⁷ La *grandfather clause* è quella situazione in cui una vecchia regola continua ad applicarsi a talune situazioni esistenti, mentre una nuova regola si applicherà a tutte le nuove situazioni.

entro i tre mesi dalla data limite fissata per le notifiche di cui all'art. 2.

Si contempla anche la possibilità (art. 5 ss.) che detti accordi in vigore possano costituire un grave ostacolo al negoziato e alla conclusione di accordi bilaterali fra l'UE ed i paesi terzi. La conclusione di nuovi accordi fra Stati membri e paesi terzi o la loro modifica è assoggettata ad una procedura fatta di notifica, autorizzazione ai negoziati formali e alla loro firma e conclusione (art. 7 ss.).

Se tra il 1° dicembre 2009 e il 9 gennaio 2013 uno Stato membro ha firmato un accordo bilaterale in materia di investimenti, tale Stato membro notifica alla Commissione siffatto accordo che desidera mantenere o far entrare in vigore, entro l'8 febbraio 2013, la quale Commissione valuta la compatibilità di detto accordo, autorizzando o meno il suo mantenimento o la sua entrata in vigore.

In conclusione, possono rimanere in vigore soltanto gli accordi notificati a norma dell'art. 3, finché il contenuto dell'accordo bilaterale non sia modificato da un accordo Ue – paese terzo. Gli accordi firmati fra il 1° dicembre 2009 e il 9 gennaio 2013, debbono essere notificati entro l'8 febbraio 2013, e sono subordinati all'autorizzazione della Commissione.

La pubblicità dianzi indicata non è immediata, potendo passare anche un anno ai sensi del predetto art. 4. Occorre considerare che l'accordo sugli investimenti resta in ogni caso in vigore fra Italia e Stati terzi, perché un conto è l'infrazione eventuale al regolamento in parola, altro è il rapporto fra il nostro Paese e gli Stati extra UE. Tanto dovrebbe bastare per considerare che continui a gravare sul dicastero degli Esteri, l'onere di indicare sul suo sito ITRA quali siano gli accordi bilaterali sugli investimenti ancora in vigore.

1.4. *Un dibattito sterile? In dottrina si dibatte la vigenza del principio di reciprocità*

Autorevole dottrina, di recente¹⁸, ha asserito che l'art. 16 Prel. c.c., che prevede la condizione di reciprocità, sia stato implicitamente abrogato per effetto dell'entrata in vigore del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 286/1998), ed al riguardo si cita, fra al-

¹⁸ L.G. RADICATI DI BROZOLO, A. LA MATTINA, nota a Conservatore del Registro Imprese Milano, richiesta 9 febbraio 2011, *Le Società*, 2011, p. 642; vedi anche le perspicue osservazioni di; A. BUSANI, M. MOLINARI *Condizione di reciprocità e nomina di cittadino straniero nel consiglio di amministrazione di s.p.a.*, *Le Società*, 2011, p. 158

tro, App. Milano 22 giugno 1999¹⁹, che noi però leggiamo come de-
roga anziché come abrogazione.

Si cita anche la dottrina conforme (che considera, quindi, che l'art. 16 Prel. c.c. sia stato implicitamente abrogato²⁰ e quella alla quale si attribuisce l'opinione per cui la condizione di reciprocità non si applicherebbe a colui che sia regolarmente soggiornante, ma non in quanto titolare di uno dei permessi di soggiorno che testualmente esimono dalla verifica della reciprocità ex art. 1 d.P.R. 394/1999, bensì nel senso che la sua permanenza sul suolo italiano non è illegittima²¹. Tuttavia, detta dottrina elabora distinzioni maggiormente condivisibili²² pur considerando «l'impossibilità di interpretare la nuova normativa come fonte di abrogazione implicita dell'art. 16 prel., a causa della diversità dell'oggetto rispetto al principio generale»²³.

Diverso discorso vale per la dottrina²⁴ che, pur ritenendo anch'essa che l'art. 16 Prel. sia stato implicitamente abrogato, si basa sulla considerazione che l'intera materia già disciplinata (a suo avviso) dall'art. 16 Prel., sia ora disciplinata dal testo unico. Quindi, mentre in passato la condizione dello straniero sarebbe stata regolata dalla sola reciprocità, attualmente invece essa sarebbe disciplinata dal (solo) testo unico. Senonché, il testo unico disciplina soltanto quanto accade entro le nostre frontiere, mentre l'art. 16 Prel. si applica allo straniero, a prescindere della giurisdizione in cui si trovi e a prescindere dalla connotazione soggettiva di persona fisica o di persona giuridica. Il testo unico si limita a disciplinare, come sempre auspicato, lo status dei c.d. *residents aliens*, ed in quanto tale si presenta come una de-

¹⁹ In *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2000, p. 1093: «La condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. è esclusa per i diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali è ricompreso il diritto alla salute contemplato dall'art. 32 cost., il quale è pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato; essa è inoltre comunque inoperante con riguardo agli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello stato, in quanto implicitamente abrogata dall'art. 2, 2° comma, l. 6 marzo 1998 n. 40, che attribuisce agli stessi il godimento dei diritti civili spettanti ai cittadini italiani».

²⁰ In questi termini, S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 39.

²¹ A.G. CIANCI, *Soggetto straniero e attività negoziale – Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*, Milano, 2007, p. 201 ss.

²² CIANCI infatti distingue fra regolarmente soggiornanti *tout court* (ai quali si riconoscono i diritti fondamentali) e residenti, i quali sarebbero equiparati ai cittadini nel godimento dei diritti civili (cit., p. 203). Certamente, sarebbe stato meglio non dover procedere a fatiche ermeneutiche di questa fatta, anche se certamente il legislatore ha messo del suo, nello stabilire, in modo implicito, che allo straniero che è in altra giurisdizione non sono riconosciuti i diritti fondamentali.

²³ CIANCI, *Soggetto straniero e attività negoziale...*, cit., p. 203.

²⁴ C. CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 delle Preleggi per nuova disciplina?* *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2001, p. 44 ss.

roga all'art. 16 Prel. Tant'è che era stata presentata una proposta di sostituzione dell'art. 16 Prel. con una norma ispirata all'art. 25, comma 2 legge 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust) a tenore del quale «2. *Nel caso delle operazioni di cui all'articolo 16 alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l'indipendenza degli enti o delle imprese con norme di effetto equivalente a quello dei precedenti titoli o applicano disposizioni discriminatorie o impongono clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni da parte di imprese o enti italiani, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, può, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 16, comma 3, vietare l'operazione per ragioni essenziali di economia nazionale*». La proposta non fu accolta perché si è ritenuto di rimanere nell'alveo della sola riforma delle norme di conflitto.

Semmai, come detto, bisognerebbe considerare che il regolamento d'attuazione (d.P.R. 394/1999) all'art. 1, devolve al dicastero degli Esteri il compito di verificare la reciprocità soltanto (art. 2 T.U.) laddove la reciprocità sia prevista dallo stesso testo unico e dalle convenzioni internazionali, il quale dicastero continua invece (giustamente) ad accertare la reciprocità ben oltre tale ambito. Potremmo aggiungere pure che il testo unico fa riferimento alla reciprocità per i citati ambiti avvolti nel mistero, costituiti da convenzioni mai individuate.

Queste ambiguità, che la dicono lunga sull'entropia del nostro sistema dovrebbero servire da ammaestramento sull'obsolescenza di diffusi metodi dottrinari, che operano come se il codice civile fosse ancora il fulcro del sistema e questo fulcro fosse un insieme coerente²⁵. Partendo da un siffatto assunto, dovrebbe apparire ovvio che il legislatore non ha assolutamente compreso nelle sue previsioni la capacità giuridica delle persone fisiche all'estero (per usare la terminologia della legge svizzera) né di quella delle persone giuridiche straniere. L'art. 16 Prel. c.c. è quindi rimasto in vigore, e sarebbe realistico prenderne atto, così come sarebbe stato forse non creativo ma altrettanto realistico trarre le conseguenze della mancanza di una sua normativa d'attuazione.

2. *Reciprocità e diritti fondamentali*

Abbiamo prima accennato ai diritti fondamentali²⁶, i quali non

²⁵ Vedi N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

²⁶ Cfr. Cittadini e diritti fondamentali nell'UE – Responsabilità e opportunità per

sono certamente una mera figura retorica o appartenente al solo ambito interstatale, perché riverberano direttamente i loro effetti sull'applicazione della norma agli stranieri non equiparati ai cittadini. Da soggiungere che col regolamento (CE) n. 168/2007 si è istituita l'Agenzia UE per i diritti fondamentali, con compiti di consulenza. Si è fatto riferimento agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali²⁷, per la parte in cui essi si applicano ai rapporti fra privati e, al riguardo, si è fatto l'esempio della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 luglio 2004 n. 69498/01, nella causa Pla et Puncenau c. Andorra. Tale causa trae origine da un testamento del 1939, col quale una vedova pose in essere una sostituzione fedecommissaria, a favore del figlio, il quale avrebbe dovuto trasmettere l'eredità ad un figlio o nipote nato da un matrimonio legittimo e canonico. Avendo, invece, costui legato i beni ricevuti ad un figlio adottivo, dei discendenti della testatrice investirono della questione il foro di Andorra. Poiché le ragioni del figlio adottivo furono disattese, la Corte di Strasburgo fu investita del caso, la quale decise che la sentenza andorrana fosse in «flagrante contraddizione» col divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, combinato (sic) con l'art. 8²⁸. Ciò, perché: a) il testamento non distingueva fra figli adottivi e figli biologici e, b) perché l'interpretazione del testamento del 1939 doveva essere fatta nel contesto attuale, in guisa, cioè, d'interpretazione, diciamo, evolutiva. L'interpretazione del testamento, soggiunge la Corte, dev'essere fatta secondo il diritto interno, nonché secondo la suddetta Convenzione, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte. La Corte di Strasburgo si è così espressa nei riguardi della compatibilità con l'ordine pubblico di un negozio di diritto privato a causa di morte, il quale or-

il Notaio, Quaderno n° 21 – Atti del convegno Associazione Sindacale Notai Lombardia, 16 aprile 2012.

²⁷ ACHIM SEIFERT, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2012, p. 801.

²⁸ Art. 8 1. *Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Art. 14 Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.*

dine pubblico concerne, nella fattispecie, una fonte sovranazionale che riguarda i diritti fondamentali. Si è scritto che, con questa sentenza, la libertà di testare è alquanto ridimensionata²⁹, ma pur tenendo conto di questa autorevole critica, non è nemmeno possibile esimersi dal prendere atto che il ruolo dei diritti fondamentali concerne ormai il diritto privato, e che quindi i negozi giuridici possono essere infirmati da fonti diverse da quelle che si studiano nei manuali correnti.

2.1. Successioni

Non è infrequente che, tuttora, si indagli sulla sussistenza della reciprocità per gli acquisti *mortis causa*. Anni or sono, scrivemmo «Secondo l'interpretazione prevalente, l'acquisto immobiliare dello straniero, cittadino di uno Stato col quale non sussista la reciprocità... per la specifica fattispecie, sia a titolo originario che derivativo, è affetto da nullità... per via della sua incapacità... giuridica. Se l'atto d'acquisto è nullo, il sopravvenuto verificarsi della reciprocità... non può esplicitare un effetto sanante in quanto l'atto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone diversamente (art. 1424 c.c.). (...) Se il sopravvenuto verificarsi della reciprocità... non vale a sanare il precedente atto nullo, non vale però la proposizione inversa, in forza della quale il venir meno della reciprocità... potrebbe intaccare la validità... degli acquisti intervenuti. L'incapacità... giuridica sopravvenuta ha un precedente nel sistema italiano, costituito dalle leggi razziali, e questa considerazione dovrebbe essere sufficiente a lumeggiare il grado di iniquità... di tali conseguenze, in ogni caso contrarie agli art. 22 e 42 della carta costituzionale, laddove fanno ostacolo alla privazione della capacità... giuridica e all'arbitrario spoglio della proprietà... da parte dello Stato. L'incapacità... giuridica sopravvenuta, con la conseguente privazione dei propri beni, è inoltre contraria allo standard minimo dei diritti dello straniero tutelato dal diritto internazionale generale (), nonché, violatoria sia dell'art. 1, comma 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, la cui ratifica è stata autorizzata con legge 4 agosto 1955, n. 848, secondo il quale «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé, de sa propriété, que pour cause d'utilité, publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international»), che dell'art. 17, comma 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, giu-

²⁹ SEIFERT, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, cit., p. 816.

sta il quale «Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà». Questi principi debbono anche presiedere, a nostro avviso, alle vicende traslative a causa di morte, sia per via di successione legittima che testamentaria, in quanto l'interdizione di un siffatto acquisto in capo ad uno straniero comporterebbe per certi versi un ripristino dell'albinaggio. Si tratterebbe di una vicenda incompatibile con la nostra civiltà giuridica ed in ogni caso contraria al disposto dell'art. 42, ult. comma Cost., che nel disporre una riserva di legge sui limiti della successione legittima e testamentaria riconosce dignità... costituzionale alle vicende traslative mortis causa, il quale diritto non può ritenersi ristretto né ai cittadini né alle fattispecie governate dalla sola legge italiana. Una diversa conclusione comporterebbe che, ad esempio, l'orfano e la vedova cittadini di uno Stato col quale non sussista la reciprocità... siano privati dell'asse ereditario loro spettante. Per quanto usi all'idea che diritto e morale agiscono in ambiti diversi, è altrettanto vero che la loro totale divaricazione dovrebbe essere in contrasto con lo spirito dell'ordinamento repubblicano»³⁰.

In dottrina, invece³¹, si partiva dall'assunto dell'applicabilità dell'art. 16 Prel. alle successioni *mortis causa*. A nostro avviso, tuttavia, l'applicazione del principio di reciprocità in detto ambito, rischiava di instaurare, come accennato, una situazione per certi versi analoga all'albinaggio, e quindi contraria allo standard minimo dei diritti dello straniero imposto dal diritto internazionale³². Inoltre, le norme costituzionali sulla tutela della famiglia, riscontrabili peraltro anche nel diritto internazionale, dovrebbero fare ostacolo ad una interpretazione che non consenta di devolvere la successione *mortis causa* ad un congiunto per via della insussistenza di reciprocità.

Attualmente, l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dispone: «Diritto di proprietà. 1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta».

Certamente, può porsi, come prima accennato, la questione circa

³⁰ E. CALÒ, *Il principio di reciprocità*, cit., p. 176 ss.

³¹ T. BALLARINO, *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, Riv. Not., 1986, p. 41.

³² Sul punto, v. A.P. SERENI, *Diritto Internazionale*, II, Sez. prima, Milano, 1958, p. 729.