

# BREVI CONSIDERAZIONI SULLE INTERAZIONI FRA DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI

## SOME REFLEXIONS ON THE INTERACTIONS BETWEEN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS

SILVIA MARINO

*Ricercatore*

*Università dell'Insubria*

Recibido: 28.11.2014 / Aceptado: 10.12.2014

**Riassunto:** Il contributo intende analizzare le possibili interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani. La prima parte è incentrata sul fondamento della materia, fornendo qualche indicazione ulteriore rispetto agli studi già presenti in dottrina. La seconda parte intende analizzare il funzionamento delle norme di conflitto alla luce della tutela dei diritti dell'uomo. A tal fine, vengono ricordati alcuni risultati raggiunti dalla giurisprudenza, e successivamente analizzati alcuni strumenti utili per la tutela dei diritti fondamentali, qualora la legge richiamata non ne consenta una tutela sufficiente. L'obiettivo è di individuare principi per un sistema di conflitto coerente con le necessità poste in rilievo in primo luogo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quindi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

**Parole chiave:** diritti fondamentali, funzionamento delle norme di conflitto, metodologie di diritto internazionale privato, struttura del diritto internazionale privato.

**Abstract:** The article exams le possible interactions between conflict of laws and human rights. The first part is dedicated to the foundations of private international law, and develops some further consideration starting from the results already accepted by the important Authors. The second part analyses the functioning of the rules on conflict of laws in the light of fundamental rights. Therefore, some results from the case law are reminded; then an exam is offered on some tools useful to grant the fundamental rights, when the applicable law is isn't sufficient. The final objective is to find out some general principles on which a system of conflict of laws should be based, that could be coherent with the rules established by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice.

**Key words:** fundamental rights, functioning of conflict of laws, methods of private international law, structure of private international law.

**Sommario:** I. Le interazioni fra diritti umani e diritto internazionale privato. II. Il principio di non discriminazione come fondamento del diritto internazionale privato. III. Il diritto internazionale privato come strumento per la realizzazione dei diritti umani: la giurisprudenza delle Corti europee. IV. Alcune difficoltà a strutturare una norma di conflitto efficace. V. I possibili criteri di collegamento: 1. L'autonomia internazionalprivatistica. 2. I criteri di collegamento oggettivi. VI. Il controllo sul contenuto della legge applicabile.

## I. Le interazioni fra diritti umani e diritto internazionale privato

1. Abbandonata ogni pretesa di neutralità del diritto internazionale privato<sup>1</sup>, alcuni recenti dibattiti confermano come questa materia sia collegata con la tutela dei diritti dell'uomo. Basti pensare, per porre un unico esempio, alle ampie discussioni che hanno accompagnato l'adozione del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali, relativamente alla scelta del criterio di collegamento da impiegare nell'ambito della violazione dei diritti della personalità<sup>2</sup>.

2. Come già messo in rilievo dalla dottrina<sup>3</sup>, le possibili influenze sono bidirezionali. Preliminarmente, l'opportunità di un sistema di diritto internazionale privato può essere rinvenuta nella tutela dei diritti dell'uomo. Successivamente, norme di conflitto adeguate possono garantire i diritti fondamentali sia in quanto tali, sia in considerazione del contenuto della legge richiamata. I due tipi di interazione sono separati, ma pur sempre interconnessi. Le questioni sono state approfondite dalla dottrina, e dalla giurisprudenza, soprattutto europea, nell'interpretazione e nell'applicazione delle vigenti norme. Pertanto, la prima parte del presente lavoro è incentrata sul fondamento della materia, ricordando taluni studi significativi della dottrina, e fornendo qualche indicazione ulteriore. La seconda parte invece intende analizzare il funzionamento delle norme di conflitto alla luce della tutela dei diritti dell'uomo. A tal fine, verranno brevemente ricordati alcuni risultati raggiunti dalla giurisprudenza, come punto di partenza per una discussione più generale sul rapporto fra diritti umani e diritto internazionale privato. Infine, saranno analizzati alcuni strumenti utili per la tutela dei diritti fondamentali, qualora la legge richiamata non ne consenta una tutela sufficiente.

## II. Il principio di non discriminazione come fondamento del diritto internazionale privato

3. Come noto, l'opportunità di garantire un'apertura ad altri ordinamenti è stata storicamente giustificata in modi diversi<sup>4</sup>: recentemente nel dibattito sono entrate considerazioni relative (anche) al rispetto del principio di non discriminazione<sup>5</sup>. Seguendo l'impostazione fornita da Kinsch, la fattispecie transnazionale si differenzia da quella puramente interna dal punto di vista fattuale, perché i suoi

<sup>1</sup> Già: D.F. CAVERS, "Critique of the Choice of Law Problem", in *Harvard Law Rev.*, 1933, p. 173; più recentemente, *ex multis*: J.D. GONZÁLES CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général", in *Recueil des Cours*, vol. 287, 2000, p. 9; S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice", in *Recueil des Cours*, vol. 328, 2007, p. 175.

<sup>2</sup> *Ex multis*: HAMBURG GROUP OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", in *RabelsZ*, 2003, p. 24; K. SIEHR, "European Private International Law of Torts. Violations of Privacy and Rights relating to the Personality", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 1201; C.J. KUNKE, "Rome II and Defamation: will the tail wag the dog?", in *Emory Int. Law Rev.*, 2005, p. 1733; G. WAGNER, "Article 6 of the Commission Proposal: Violation of Privacy – Defamation by Mass Media", in *Eur. Review Private Law*, 2005, p. 21; A. WARSHOW, "Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims", in *Brookling Journal Int. Law*, 2006, p. 269; A. SPICKHOFF, "Personlichkeitverletzungen im Internet: Internationale Zuständigkeit und Kollisionrecht", in *IPRax*, 2011, p. 133; J. VON HEIN, "Rome II and Defamation", consultabile sul sito: [www.conflictoflaws.net](http://www.conflictoflaws.net). Fra i documenti delle istituzioni dell'Unione europea successivi all'adozione del regolamento: Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) del Parlamento europeo, del 23 giugno 2010; Draft Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)) del Parlamento europeo del 21 novembre 2011 (consultabile sul sito <http://www.europarl.europa.eu/sides>). Fra gli studi richiesti dalla Commissione: Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, JLS/2007/C4/028, Final Report, consultabile sul sito: [http://ec.europa.eu/justice/doc\\_centre/civil/studies/doc/study\\_privacy\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_en.pdf).

<sup>3</sup> P. KINSCH, "Droit de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 318, 2005, p. 9.

<sup>4</sup> Per taluni esami recenti: P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 276, 1999, p. 9; C. CAMPIGLIO, "Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 593.

<sup>5</sup> H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, München, Beck, 1988, p. 47; P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 110. Lo stesso Savigny ne faceva brevemente cenno (K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, Berlin, 1849, p. 27).

elementi costitutivi si collocano in almeno due ordinamenti. Questa diversità impedisce di trattare la fattispecie transnazionale immediatamente come una questione interna: si crea una discriminazione, perché situazioni diverse vengono trattate allo stesso modo. È utile quindi una distinzione fra i due casi anche dal punto di vista normativo, la quale si può concretizzare nel diritto internazionale privato: la fattispecie transnazionale non è immediatamente assimilabile a una interna<sup>6</sup>, ma si deve verificare a quale ordinamento sia meglio riconducibile<sup>7</sup>.

4. Questa breve considerazione non è sufficiente per stabilire se sia più opportuno un sistema costruito su criteri di collegamento bilaterali, secondo una struttura tradizionale del *civil law*, o approcci diversi, più tipici del *common law*, che forniscono essenzialmente indici, il cui valore deve essere ponderato nel caso concreto. Autorevole dottrina ha già dimostrato come i due metodi tipici, ovvero la norma di conflitto bilaterale nel *civil law* e l'*interest analysis*, causino a loro volta discriminazioni<sup>8</sup>. Sembrerebbe quindi che qualsiasi scelta tecnica riconduca al punto di partenza, una disparità di trattamento, sebbene fondata su altri elementi, e che non esistano criteri o indici idonei a superare il problema.

5. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, l'esito di queste riflessioni non è necessariamente così allarmante<sup>9</sup>: la diversità di trattamento in ultimo creata può essere giustificata. Infatti, l'applicazione del principio di non discriminazione in senso sostanziale presuppone una differenza significativa fra due situazioni, che vengono disciplinate in maniera diversa, con differenti effetti. L'ammissibilità di questi ultimi dipende, a ritroso, dalla effettiva diversità delle fattispecie, e quindi dal criterio o indizio impiegato per sottoporle a un regime giuridico diverso<sup>10</sup>. Nell'ambito delle norme di conflitto bilaterali, per proporre un esempio presentato da autorevole dottrina<sup>11</sup>, sarebbe sufficiente criterio distintivo il fatto che il bene compravenduto tramite un contratto interno, da cui si intenda recedere, sia composto da materiali difettosi prodotti in un altro paese? O sarebbe sempre ammissibile una norma di conflitto che applica criteri di collegamento diversi ai cittadini e ai non cittadini? Le risposte sono negative. Nel primo caso, il criterio non pare sufficientemente significativo; nel secondo, vi è una distinzione previa all'operare delle norme di conflitto, che vengono applicate in modo diverso, creando una discriminazione.

6. L'aspetto fondamentale è costituito quindi dal tipo di criterio o indice utilizzato per differenziare la fattispecie transnazionale da quella interna<sup>12</sup>, il quale deve essere proporzionato, cioè necessario e ragionevole, non deve rispondere ad alcun obiettivo protezionistico o essere in sé discriminatorio<sup>13</sup>. La distinzione è allora adeguata, e l'applicazione di norme di diritto internazionale privato produce diversità che sono giustificate dalle stesse differenze riscontrate negli elementi fattuali iniziali<sup>14</sup>. Al termine di

<sup>6</sup> L'esame prescinde dalle norme uniformi. Si tratta di una soluzione diversa dello stesso problema, la diversità fattuale fra fattispecie interne e transnazionali, risolta non tramite la riconducibilità a un ordinamento statale, ma una disciplina sostanziale propria.

<sup>7</sup> Mentre un autore contesta la stessa applicazione di una legge straniera da parte del giudice, perché una legge straniera non potrebbe essere considerata una vera e propria legge ai sensi della CEDU (C. ENGEL, "Ausstrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht", in *RebelsZ*, 1989, p. 21).

<sup>8</sup> Il primo implica una disparità di trattamento latente sul fondamento della nazionalità; il secondo, una discriminazione palese sul fondamento della residenza: D. LAYCOCK, "Equal Citizens of Equal Territorial States", in *Columbia Law Rev.*, 1992, p. 249.

<sup>9</sup> Invece, D. LAYCOCK, "Equal Citizens", cit., p. 278; P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 118 spiegano perché preferiscono un tipo di discriminazione (quella latente dei sistemi civilistici) all'altro (quella palese del *common law*).

<sup>10</sup> Cioè l'immediata applicazione del diritto interno nelle fattispecie interne, del diritto internazionale privato nelle fattispecie transnazionali.

<sup>11</sup> C. KOHLER, "Autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes", in *Recueil des Cours*, vol. 359, 2012, p. 340.

<sup>12</sup> Se volessimo ragionare per assurdo, tutte le norme di conflitto bilaterali sarebbero discriminatorie, perché pongono distinzioni fra fattispecie. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha invece implicitamente ammesso anche l'uso del criterio della cittadinanza in norme di conflitto sullo *status* delle persone: Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2013, *Harroudj v. France*, ric. n. 43631/09 (su cui: P. KINSCH, "Harroudj V. France: Indications from the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and on their Potentially Discriminatory Effect", in *Yearb. Private Int. Law*, 2013/2014, p. 39).

<sup>13</sup> Sull'istituto francese del prelievo, che ha suscitato problemi di questo tipo: S. TONOLO, "Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione", in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1056.

<sup>14</sup> Per questo motivo, ad esempio, parte della dottrina non ritiene corretta la creazione delle cd. situazioni interne comunitarie ad opera dei regolamenti 864/2007 e 593/2008, poiché si tratta di una situazione transnazionale, e non può essere trattata alla

questo procedimento, la fattispecie transnazionale potrebbe essere ricondotta a una puramente interna; ciò non crea una discriminazione, perché l'assimilazione non è automatica, ma è avvenuta a seguito di un procedimento che ha verificato a quale ordinamento quella situazione fosse riconducibile tramite criteri e indici proporzionati, e non può escludersi che sia quello della *lex fori*.

7. Ad avviso di chi scrive, non è necessario rinvenire un correttivo, o costringere l'interprete a una "scelta di campo" fra sistemi che sollevano svantaggi apparentemente analoghi, o individuare un diritto fondamentale sul quale il sistema debba fondarsi. L'eguaglianza in senso sostanziale giustifica la diversità di trattamento.

### III. Il diritto internazionale privato come strumento per la realizzazione dei diritti umani: la giurisprudenza delle Corti europee

8. La seconda interazione si verifica nella possibile funzionalità del diritto internazionale privato alla tutela dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>. In ambito europeo, nelle giurisprudenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea possono essere rinvenute importanti indicazioni quanto alla possibile strumentalità del diritto internazionale privato rispetto alla tutela dei diritti dell'uomo. Le sentenze cui si fa riferimento sono note, ma è fatto breve cenno per individuare l'attuale punto di arrivo.

9. La Corte europea dei diritti dell'uomo afferma costantemente che il rifiuto di riconoscere *status* acquisiti altrove può costituire un'illegitima ingerenza statale nel godimento del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU. Ad esempio nel caso *Negrepontis*<sup>16</sup> il rifiuto da parte della Grecia di riconoscere l'atto di adozione statunitense, accompagnato da uno stato di fatto durato per più di 20 anni prima della richiesta di riconoscimento, non era finalizzato al raggiungimento di alcun obiettivo legittimo per la limitazione del diritto alla vita privata e familiare, nonostante l'esistenza di un certo margine di discrezionalità statale. Non si tratta solamente di modellare la nozione di ordine pubblico ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. Infatti, nel caso *Wagner*<sup>17</sup> la Corte aveva stabilito che la pretesa che l'adozione effettuata altrove fosse perfezionata in forza della legge determinata dalle norme di conflitto dello Stato richiesto del riconoscimento costituiva un'ingerenza ingiustificata nella vita familiare. In generale, è necessario considerare la realtà sociale della famiglia, qualora si tratti di una situazione consolidata, e non solo le sole norme, astratte o concrete. Da queste sentenze non è ricavabile un principio di non necessità del diritto internazionale privato<sup>18</sup>, ma piuttosto può essere dedotto che la tutela dei diritti umani possa escludere l'applicabilità delle norme di conflitto, o sul riconoscimento, in

---

stessa stregua di una interna. *Ex multis*: J. BASEDOW, "Specificité et coordination du droit international privé communautaire", in *Droit int. privé*, 2005, p. 280; P. MAYER, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", in *Recueil des Cours*, vol. 327, 2007, p. 93; J.-S. BERGE, "La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé", in *Droit int. privé*, 2008, p. 43; N. BOSCHIERO, "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla "conflict involution" europea in materia contrattuale", in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, UTET, 2009, p. 67.

<sup>15</sup> Nel presente lavoro è preso in considerazione un sistema di diritto internazionale privato di matrice continentale, perché è proprio del nostro ordinamento, ed è utilizzato dall'Unione europea. Una breve osservazione merita comunque l'approccio della *governmental interest analysis*. L'idea fondamentale è costituita dal bilanciamento degli interessi statali contrapposti. Tuttavia, la prevalenza accordata, ad esempio nell'ambito dei *torts*, a quelli del paese che tutela le persone domiciliate nel proprio territorio comporta indirettamente il rafforzamento di una posizione individuale, quella della vittima. Pertanto, l'ottica puramente statalistica è apparente, poiché sono tutelati diritti predeterminati che per conseguenza diventano preminenti. Inoltre, l'approccio discrezionale rende il sistema più flessibile alle diverse esigenze.

<sup>16</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannins v. Greece*, ric. n. 56759/08.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2007, *Wagner v. Luxemburg*, ric. n. 76240/01.

<sup>18</sup> Come invece fa: A. VETTOREL, "La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 357. Nel senso di cui al testo: P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad", in *Diritti umani e diritto int.*, 2011, p. 612.

caso di contrasto<sup>19</sup>. I diritti umani devono avere la funzione di correttivo in caso di malfunzionamento del diritto internazionale privato<sup>20</sup>.

**10.** Nonostante gli esiti di queste decisioni, la stabilità degli *status* non è il solo risultato da raggiungere, poiché potrebbero subentrare altri interessi altrettanto rilevanti<sup>21</sup>. In tal senso è significativa una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>22</sup>, sebbene emanata in una situazione puramente interna, secondo la quale non esiste un diritto alla continuità dello stato matrimoniale, nel momento in cui un coniuge intenda cambiare sesso e lo Stato non conosca l'istituto del matrimonio omosessuale. Il fatto che sia ammesso il cambiamento dell'unione da matrimoniale a *partnership* registrata, che non vengano meno i diritti acquisiti in costanza di matrimonio e che il periodo di vita coniugale sia comunque riconosciuto ai fini dell'attribuzione di eventuali diritti successivi, come quelli pensionistici o successori, costituisce, secondo la Corte, un corretto temperamento fra l'obbligo di rispettare la vita familiare e il diritto del singolo all'autodeterminazione sessuale<sup>23</sup>.

**11.** Anche il comportamento abusivo dell'interessato può costituire una giustificazione nell'ingerenza statale, come nel caso *McDonald*<sup>24</sup>, e quindi un legittimo motivo ostativo al riconoscimento della sentenza di divorzio pronunciata negli Stati Uniti in Francia, senza che sussista la violazione del rispetto alla vita privata e alla libertà di *status* acquisita. Analogamente, nella sottrazione internazionale di minori, l'ordine di ritorno è finalizzato al ripristino della legalità, salve eccezioni, che può prevalere sul diritto alla vita familiare del genitore sottraente<sup>25</sup>.

**12.** Già in queste prime battute è evidente come il diritto fondamentale del singolo non sia isolato da qualsiasi contesto, ma può essere contrapposto ad altro diritto, o vantato dalla stessa persona nei confronti dello Stato, o di cui risulta titolare un altro soggetto. È importante sottolineare che nel primo caso, come risulta dalla sentenza *Hämäläinen*, lo Stato può godere di un certo margine di discrezionalità, che deve essere esercitato secondo il principio di ragionevolezza. Il principio deve essere esteso al contenuto delle norme di conflitto.

**13.** Il secondo caso risulta, ad avviso di chi scrive, più delicato. Entrambe le Corti hanno già affrontato il problema della ricerca del corretto equilibrio nel conflitto fra due titolari, opposti, del diritto alla vita familiare. La particolarità risiede nel fatto che qualsiasi azione od omissione dello Stato rischia di pregiudicare il godimento del diritto di un interessato: è necessario trovare quindi un criterio oggettivo e proporzionato al fine della prevalenza dell'uno o dell'altro. Ad esempio, nel caso *Povse*<sup>26</sup> la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva interpretato letteralmente le disposizioni del regolamento 2201/2003, affermando che una decisione di ritorno del minore, debitamente certificata, non può essere superata nemmeno da una sentenza, emanata in un altro Stato membro, che decida definitivamente e in modo esecutivo sull'affidamento del minore, riconoscendolo ad altro genitore. Come noto, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>, ciò non costituisce una violazione del diritto alla vita familiare del genitore affidatario. Ne risulta che la stabilità dello *status*, che astrattamente sarebbe garantita meglio da un provvedimento definitivo ed esecutivo che decide sull'affidamento del minore, non è un obiettivo strettamente necessario, ma può essere superato da ulteriori esigenze, quali l'immediata esecuzione di

<sup>19</sup> C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029.

<sup>20</sup> V. *infra*, par. VI.

<sup>21</sup> O. LOPEZ PEGNA, "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 54; P. FRANZINA, "Some remarks", cit., p. 613.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 2017, *Hämäläinen v. Finland*, ric. n. 37359/09.

<sup>23</sup> Questo diritto è compreso dalla Corte europea nell'ambito della vita privata e quindi dell'identità personale: A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 52.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 2008, *McDonald v. France*, ric. n. 18648/04.

<sup>25</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 settembre 2014, *Gajton v. Switzerland*, ric. n. 43730/07.

<sup>26</sup> Corte giust., 1 luglio 2010, causa C-211/10PPU, *Povse*, in *Racc.*, 2011, p. I-6673.

<sup>27</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 giugno 2013, *Povse v. Austria*, ric. n. 3890/11.

un ordine di rientro emanato in considerazione del superiore interesse del minore. Analoga prevalenza è assicurata nel caso *Šneerson*<sup>28</sup>. Si noti come, in questi casi, al conflitto fra due soggetti nel godimento della vita familiare prevale un diritto diverso e considerato preminente, quello del minore<sup>29</sup>.

14. Al contrario, nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*<sup>30</sup> la Corte di giustizia è riuscita a tutelare un diritto dell'uomo, quello al nome, per il tramite delle libertà fondamentali di circolazione dell'Unione europea. Mancando la tutela del primo, sarebbe stata ostacolata la seconda: con questo ragionamento sono stati valorizzati entrambi gli aspetti, i diritti della personalità e le libertà di circolazione.

15. La dottrina non è rimasta inerte alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza; sinteticamente, possono essere ricordate le seguenti conclusioni. In primo luogo, deve essere riconosciuto un ruolo importante all'autonomia della volontà nell'ambito del diritto internazionale privato<sup>31</sup>. Ciò può essere ricavato soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che non riconoscendo un criterio di prevalenza fra le (plurime) cittadinanze possedute da una persona<sup>32</sup>, implicitamente ammette che quest'ultima possa scegliere liberamente fra queste. Il principio della libertà può essere esteso proprio grazie alla sentenza *Grunkin e Paul*, nella quale il soggetto interessato possedeva un'unica cittadinanza: nel conflitto positivo delle leggi della residenza abituale e della cittadinanza, la scelta spetta ancora una volta agli interessati. Ne deriva, in secondo luogo, che non può essere preferito *a priori* il collegamento della residenza abituale e quello della cittadinanza. Poiché entrambe comportano diversi vantaggi e svantaggi, nessuna opzione è scevra da difficoltà. Secondo parte della dottrina, uno strumento per superare i limiti è costituito proprio dall'autonomia della volontà<sup>33</sup>: spetta all'interessato scegliere la legge con la quale si sente maggiormente collegato e/o che meglio risponde ai suoi interessi.

16. La dottrina ha riconosciuto in questa giurisprudenza anche un principio di mutuo riconoscimento degli *status* acquisiti altrove<sup>34</sup>: lo Stato non può ingerirsi nella sfera privata di una persona disconoscendo situazioni giuridiche validamente costituite altrove, o in forza di una legge diversa. Questa considerazione imporrebbe l'automatico riconoscimento<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 2011, *Šneerson and Campanella v. Italy*, ric. n. 14737/09.

<sup>29</sup> Sulle difficoltà a trovare un corretto bilanciamento: C. HONORATI, "Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 5.

<sup>30</sup> Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, 2003, p. I-11613; Corte giust., 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, in *Racc.*, 2008, p. I-7639.

<sup>31</sup> P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 151; E. JAYME, "Party Autonomy in international family and succession law: new tendencies", in *Yearb. Private Int. Law*, 2009, p. 1; J. CARRUTHERS, "Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?", in *Int. Comp. Law Quart.*, 2012, p. 881; C.I. NAGY, "What functions may party autonomy have in international family and succession law? An EU perspective", in *Nederlands Int. Privaatrecht*, 2012, p. 576; B. AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia", in J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (a cura di), *Entre Bruselas y la Haya, Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 119.

<sup>32</sup> Corte giust., 16 luglio 2009, causa C-168/08, *Hadadi*, in *Racc.*, 2009, p. I-6871.

<sup>33</sup> A.E. VON OVERBECK, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, Frédéricq Collection II, 1966, p. 1091; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'état-Nation et le Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 2011, p. 284; H. GAUDEMET-TALLON, "Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille", in The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (a cura di), *A Commitment to Private International Law, Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2013, p. 183; K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie in europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 573.

<sup>34</sup> Sul metodo: P. PICONE, "Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti", in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 485. Sul riconoscimento nell'ambito dell'Unione europea, recentemente: A. BUCHER, *La migration de l'état civil*, in *A Commitment*, cit., p. 101.

<sup>35</sup> Questo aspetto esula, almeno in parte, dalla ricerca sulla legge applicabile, dal momento che presuppone uno *status* o una fattispecie già conclusa. Pertanto, nel presente lavoro questa ipotesi non verrà discussa ulteriormente (si veda, per tutti: R. BARATTA, "La reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des Cours*, vol. 348, 2007, p. 265). Si noti tuttavia che dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si ricava un contro limite all'automatico riconoscimento, determinato dalla necessaria tutela dei diritti fondamentali di un'eventuale controparte. Ne è esempio la sentenza 20 luglio 2007, *Pellegrini v. Italy*, ric. n. 30882/96. Tuttavia, si può affermare con certezza che la tutela

#### IV. Alcune difficoltà a strutturare una norma di conflitto efficace

17. Queste riflessioni risolvono (in parte) un problema relativamente limitato, cioè la tutela del diritto alla vita privata e familiare per il tramite dell'autonomia della volontà. La questione deve essere generalizzata. È necessario indagare se esistano linee direttrici generali per la costruzione di un sistema di diritto internazionale privato improntato ai diritti fondamentali, e come debbano essere strutturati criteri di collegamento che vi rispondano in quanto tali, indipendentemente dal contenuto della legge individuata. L'obiettivo è di garantirne la tutela in via preventiva, senza che sia necessario invocare i diritti dell'uomo come correttivo. L'esistenza di una soluzione positiva al problema è scontata. Formalmente è riscontrabile un sempre più frequente richiamo dei diritti (o di una serie determinata di diritti) fondamentali nei considerando dei recenti regolamenti dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile<sup>36</sup>, ma ciò evidenzia un'importante scelta politica, e non è garanzia della loro effettiva realizzazione.

18. La struttura stessa dei diritti fondamentali rende l'esame non banale. Le norme di protezione dei diritti dell'uomo hanno una direzione in senso verticale, cioè da parte del privato nei confronti dello Stato. Quest'ultimo è tenuto ad astenersi dall'intervenire nella sfera individuale, ovvero a promuovere positivamente il godimento di un diritto<sup>37</sup>. La concretizzazione di questo principio generale nell'ambito della scelta di un criterio di collegamento idoneo può essere complessa, perché il diritto internazionale privato disciplina (un aspetto di) un rapporto individuale fra privati, e non una relazione verticale nella quale una parte assume una posizione autoritativa<sup>38</sup>. Pertanto, dovrebbe essere rinvenuto un criterio di collegamento che non comporti, nemmeno indirettamente, un'illegittima ingerenza statale, e che al contempo promuova, se necessario, il diritto individuale tutelato.

19. Può sorgere inoltre il dubbio per cui l'esito del nostro esame dipenda dalla con la discussa efficacia diretta orizzontale delle norme sui diritti umani, cioè la possibilità per l'individuo di far valere nei confronti di un privato l'esistenza del proprio diritto<sup>39</sup>. Nei limiti del nostro esame, tuttavia, è indifferente il fatto che le parti possano invocare reciprocamente la titolarità di un diritto fondamentale, o che quest'ultimo possa essere tutelato solamente dallo Stato. Si tratta di un compito principalmente attribuito a quest'ultimo, tramite la predisposizione di norme che ne garantiscano il godimento. Non può essere escluso che alcuni diritti producano effetti interindividuali, tali per cui possano essere fatti valere anche nei confronti di un altro singolo. Questa caratteristica non è tuttavia utile o necessaria per il nostro esame, nel momento in cui vogliamo verificare come debba essere strutturata una norma di conflitto e

---

dei diritti dell'uomo non può più fungere da giustificazione all'assoluta chiusura degli ordinamenti giuridici: L. GANNAGÉ, "Les méthodes du droit international privé a l'épreuve des conflits des cultures", in *Recueil des cours*, vol. 357, 2011, p. 376, ma è impossibile una maggior generalizzazione (L. D'AVOUT, "Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé", in E. Dubout, S. Touzé (a cura di), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres juridiques et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 184).

<sup>36</sup> S. SAASTAMOINEN, "The European Private International Law and the Charter of Fundamental Rights", in *A Commitment*, cit., p. 503.

<sup>37</sup> O.O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", in *European Rev. Private Law*, 2006, p. 31; A. DAVI, "Diritto internazionale privato e diritti umani. Introduzione", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale. XVI Convegno SIDI Catania, 23-24 giugno 2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 209.

<sup>38</sup> Si esprime nel senso, rispettivamente, di una visione "dall'alto" o "dal basso": L. D'AVOUT, "Droits fondamentaux", cit., p. 170.

<sup>39</sup> Il dibattito dottrinale non è giunto a conclusione unanime: P. MAYER, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", in *Revue critique*, 1991, p. 651; H. FUCHIRON, "Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques?", in F. Sudre (a cura di), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis, 2002, p. 356; O.O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights", cit., p. 29; ID., "The Harmonisation of Contract Law in Europe by Means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights?", in *Erasmus Law Rev.*, 2007, p. 39; D. LECZYKIEWICZ, "Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights", in *European Law Rev.*, 2013, p. 479; A. COLOMBI CIACCHI, "European Fundamental Rights, Private Law and Judicial Governance", in H.-W. Micklitz (a cura di), *Constitutionalisation of European Private Law*, 2014, Oxford, OUP, p. 110; C. HERRESTHAL, "Grundrechtcharta und Privatrecht", in *Zeup*, 2014, p. 238; J.P. JACQUÉ, "The Chart of Fundamental Rights and the Court of Justice of the European Union: A First Assessment of the Interpretation of the Charter's Horizontal Provisions", in L.S. Rossi, F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 137.

quali linee direttrici devono guidare il legislatore. La prospettiva è in senso verticale: esistono criteri di collegamento che garantiscano l'astensione dello Stato da intromissioni che pregiudichino il godimento del diritto o dei diritti in quanto tali? Se questa è la domanda corretta, la successiva efficacia diretta orizzontale dei diritti dell'uomo è tendenzialmente irrilevante ai nostri fini.

**20.** Pure ammessa l'indifferenza degli effetti orizzontali –diretti o indiretti– dei diritti dell'uomo, l'individuazione di strumenti di tutela nell'ambito del diritto internazionale privato non risulta agevole.

**21.** In primo luogo, i diritti fondamentali non sono tutti assoluti, ma variamente limitabili, seppur a stringenti condizioni, tra le quali l'interesse generale, curato dallo Stato. Pertanto, la valorizzazione può non essere assoluta ma temperata: deve essere trovato un criterio di collegamento che equilibri le esigenze della collettività con il diritto individuale.

**22.** In secondo luogo, è possibile la contrapposizione di diritti diversi, in capo alla stessa persona o di cui sono titolari più soggetti, e che non possono essere sacrificati<sup>40</sup>.

**23.** Infine, non possono essere considerati solo i diritti fondamentali “classici”, come riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma devono essere prese in considerazione pure le libertà di circolazione. Nell'ambito dell'Unione europea assumono valore fondamentale, e possono sia convergere sia divergere con un diritto dell'uomo, caso quest'ultimo in cui devono essere bilanciate. Non sono mere ipotesi: basti pensare ai casi *Laval* e *Viking*, in cui era sorto un contrasto fra il diritto di sciopero e la libera prestazione di servizi, che dal punto di vista dei diritti fondamentali può corrispondere con l'iniziativa economica<sup>41</sup>; *Schmidberger*, che vedeva contrapposti il diritto d'espressione e di riunione e la libera circolazione delle merci<sup>42</sup>, che analogamente attiene alla libertà commerciale. È già stato anche discusso il rapporto fra un diritto fondamentale dell'uomo particolarmente enfatizzato in uno Stato membro (la dignità) e la libera prestazione di servizi<sup>43</sup>. Altri contrasti sono facilmente ipotizzabili: la sfida è quella di trovare criteri di collegamento che riescano a tutelare simultaneamente i diversi diritti in conflitto.

## V. I possibili criteri di collegamento

### 1. L'autonomia internazionalprivatistica

**24.** Secondo un autore<sup>44</sup> la tutela dei diritti dell'uomo non è uno strumento utile al fine della costruzione di un sistema di diritto internazionale privato autosufficiente, vista l'impossibilità di generalizzazione degli obiettivi, come risulta chiaro dalla questione della continuità transnazionale degli *status*, che non costituisce il fine ultimo e privo di eccezioni del diritto alla vita privata e familiare.

<sup>40</sup> O.O. CHEREDNYCHENKO, “EU Fundamental Rights”, cit., p. 32; Id., “The Harmonisation”, cit., p. 49. Non è necessario a tal fine ammettere l'efficacia diretta orizzontale: nell'applicazione di una norma di conflitto che pregiudichi in modo irragionevole un diritto controverso, la vittima ne potrebbe lamentare la lesione immediatamente nei confronti dello Stato per l'utilizzo di quel criterio di collegamento. In questo caso potremmo parlare di effetto indiretto a carattere triangolare nei confronti dell'individuo, il cui diritto è stato l'unico concretamente tutelato, ma non si tratta necessariamente di far valere un diritto fondamentale come azione o eccezione nei confronti di un singolo. L'analogia è chiara rispetto all'effetto triangolare delle direttive: Corte giust., sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Racc.*, 1989, p. 1839. Pertanto, la sua lesione per il tramite della norma di conflitto potrebbe essere fatta valere nei confronti dello Stato.

<sup>41</sup> Corte giust., 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking Line*, in *Racc.*, p. I-10779; Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, in *Racc.*, p. I-11767.

<sup>42</sup> Corte giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.*, 2003, p. I-5659.

<sup>43</sup> Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, 2004, p. I-9609. Sul ruolo della Corte di giustizia nel bilanciamento fra libertà economiche e diritti fondamentali: A. DI BLASE, “Corte europea dei diritti dell'uomo e Diritto internazionale privato dell'Unione europea”, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, Roma3press, 2014, p. 213.

<sup>44</sup> L. D'AVOUT, “Droits fondamentaux”, cit., p. 184.

25. Secondo altra parte della dottrina, i diritti umani devono assumere valenza metodologica<sup>45</sup>. Lo strumento proposto consiste nella distinzione a seconda del diritto fondamentale in rilievo. Per quelli che attengono strettamente alla dignità dell'uomo, la tutela dovrebbe essere assoluta; per gli altri, sarebbe opportuno un contemperamento. Ad avviso di chi scrive, questa soluzione presenta due ostacoli insormontabili. In primo luogo, la distinzione pecca di arbitrarietà<sup>46</sup>. L'autore esemplifica non individuando nel diritto al cambiamento di sesso un collegamento stretto con la dignità dell'uomo. Questa qualificazione pare quantomeno discutibile, vista la sua pertinenza del diritto nella vita privata. In secondo luogo, pone una sorta di gerarchia dei diritti fondamentali. Pertanto, è opportuno ragionare in termini astratti alla luce della varietà dei diritti.

26. La tutela dei diritti dell'uomo non può correttamente assumere portata metodologica generale, data la complessità delle esigenze. Tuttavia, può essere immaginato un sistema improntato a diverse metodologie, che assicuri, almeno con un buon grado di probabilità, l'uso di criteri di collegamento che rispettino e promuovano i diritti fondamentali<sup>47</sup>.

27. Una prima soluzione risiede proprio nell'autonomia internazionalprivatistica, da ammettere in misura meno limitata di quanto avvenga con i risultati già raggiunti dalle giurisprudenze delle Corti europee e negli atti normativi. Se le parti hanno raggiunto un accordo sulla scelta di una legge applicabile, questo è il risultato di loro valutazioni di idoneità, che possono dipendere da diverse variabili, fra le quali il contemperamento dei loro diritti (fondamentali). Nell'ambito contrattuale, si tratta di un'opzione ormai largamente utilizzata, come lo dimostra il regolamento 593/2008. La stessa libertà dovrebbe essere ammessa anche negli altri ambiti. Infatti, l'espressione della propria volontà costituisce una *Selbstbestimmung*<sup>48</sup>, una libera determinazione dipendente da proprie valutazioni circa l'adeguatezza di una legge come regolatrice del rapporto. Inoltre, non può essere escluso in via generalizzata il rilievo nell'ambito contrattuale di diritti fondamentali dell'uomo, come ad esempio il diritto di proprietà, anche intellettuale, la libertà di impresa, la *privacy*, la dignità. Pertanto, il discrimine fra rapporti contrattuali e familiari o questioni di *status* non è determinato dalla presenza nei secondi di diritti fondamentali da tutelare, invece assenti nel primo, differenza che potrebbe giustificare una limitazione dell'autonomia internazionalprivatistica. La scelta può essere uno strumento per assicurare la libera determinazione delle parti, e quindi essenzialmente un loro diritto. Il fatto che, fuori dai rapporti commerciali transnazionali, è poco probabile che le parti scelgano una legge che non abbia alcun contatto con la fattispecie, non inficia il principio. La modalità con cui la libertà viene esercitata dovrebbe essere questione irrilevante per il diritto: frodi e abusi sono sanzionabili in modo diverso, ed *ex post*.

28. Questa conclusione non esclude la tutela della parte debole. In ipotesi eccezionali e debitamente giustificate<sup>49</sup> l'autonomia deve correttamente essere limitata, se non addirittura esclusa, come avviene nell'ambito del Protocollo del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, il cui art. 8, par. 3 impedisce la possibilità di scelta nei casi riguardanti un minore o un adulto incapace. Un ulteriore esempio positivo può essere rinvenuto nell'art. 7 del regolamento "Roma II" sul danno ambientale. Si tratta di un'ipotesi in cui può sorgere un conflitto fra diritti fondamentali: la salute e la libera iniziativa economica. Fra questi, viene correttamente attribuita prevalenza al primo, dal momento che si tratta non solo di un diritto soggettivo, ma anche di un interesse pubblico, e non è

<sup>45</sup> L. GANNAGÉ, "Les méthodes", cit., p. 390.

<sup>46</sup> P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 247.

<sup>47</sup> S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law around the World*, Oxford, OUP, 2014, p. 348 rileva come le più recenti codificazioni si ispirino a una pluralità di metodi.

<sup>48</sup> K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle*, cit., p. 301. V. anche: T. MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", in *Jour. Private Int. Law*, 2010, p. 155.

<sup>49</sup> Analogamente, sebbene in relazione alla competenza giurisdizionale: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice", in L. d'Avout, D. Bureau, H. Muir-Watt (a cura di), *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 304. Più ampiamente: C. KOHLER, "Autonomie de la volonté", cit., p. 455.

limitabile<sup>50</sup>; mentre la libertà di impresa (art. 16 Carta dei diritti fondamentali) è riconosciuta nei limiti stabiliti dal diritto dell'Unione europea e dalle legislazioni nazionali. Pertanto, è corretto orientare l'autonomia almeno in parte a favore del titolare del diritto alla salute, come accade proprio nella disposizione citata, che lascia a quest'ultimo, in via unilaterale, la possibilità di chiedere l'applicazione di una legge diversa da quella oggettivamente individuata (quella del luogo del danno), cioè quella del luogo dell'evento. La limitazione all'autonomia è orientata a finalità materiali, e viene ammessa la scelta della legge sostanzialmente più favorevole per il danneggiato.

## 2. I criteri di collegamento oggettivi

29. Fuori da queste ipotesi dovrebbero essere rinvenuti criteri di collegamento che in quanto tali consentano di salvaguardare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Una valutazione astratta e generale, valida per tutte le tipologie di rapporti, che sia anche sufficientemente precisa, non è agevole.

30. La prima soluzione astrattamente possibile sarebbe costituita dall'impiego di norme a carattere materiale, come già avviene oggi ad esempio nei contratti di consumo e di lavoro. Si potrebbe ritenere che, ogniqualvolta una parte vanta un diritto fondamentale, debba essere prescelto un criterio di collegamento, che consenta la facile conoscibilità della legge applicabile e/o una disciplina sostanziale almeno minimale e favorevole alla tutela di quel diritto. Tuttavia, gli esempi presentati nel paragrafo precedente consentono di affermare che questo metodo non è sempre adeguato allo scopo. Infatti, in questo modo è assicurabile la tutela di una parte nei confronti dell'altra, il cui stato di debolezza è desumibile in via generale dagli equilibri che normalmente si instaurano in un determinato rapporto, e individuabile in un elemento che è presunto essere costante, come l'assenza di capacità negoziale del consumatore, la posizione di necessità del lavoratore, lo stato di bisogno dell'alimentando. L'astrazione e la presunzione della ripetizione costante di certi equilibri dimostra tuttavia come la tecnica non sia perfetta nemmeno in una serie di rapporti *standard*<sup>51</sup>: valutazioni aprioristiche e generali per la costruzione di una norma di conflitto a carattere materiale sono ancora meno giustificabili in una varietà di relazioni in cui sono opposti diritti fondamentali, ugualmente tutelabili, la cui portata concreta non è facilmente preventivabile e che eventualmente sono limitabili alle stesse condizioni. Ad esempio, nel conflitto fra diritto di espressione e diritti della personalità, uno sbilanciamento delle norme di diritto internazionale privato a favore dell'editore –come il luogo della sede– comporta una valorizzazione del primo a discapito del secondo; un'ottica maggiormente orientata alla “vittima” –come la sua residenza abituale– protegge meglio il suo diritto alla *privacy*, ma rischia di limitare la libertà d'espressione<sup>52</sup>. Infine, il luogo del danno rischia di coincidere con la residenza abituale della vittima, producendone gli stessi effetti<sup>53</sup>. I vantaggi dipendono

<sup>50</sup> Ai sensi dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali, le cure mediche sono garantite alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, ma non il diritto stesso. P. IVALDI, “Unione europea, tutela ambientale e diritto internazionale privato: l'art. 7 del regolamento Roma II”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 880; R. PAVONI, *Interesse pubblico e diritto individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

<sup>51</sup> Anche per questa ipotesi la prassi ha già offerto un esempio: si pensi alla fattispecie nel caso affrontato dalla Corte giust., 27 aprile 1999, causa C-99/96, *Mietz*, in *Racc.*, 1999, p. 1-2277. Nell'ambito del contratto di lavoro, non è difficile immaginare un lavoratore specializzato che diventa una parte forte (o almeno in una posizione di parità rispetto al datore di lavoro) per le sue competenze particolari, che gli permettono di contrattare le sue condizioni contrattuali. V.: I. BENHÖR, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, OUP, 2013. Si veda l'analisi comparatistica sull'uso del metodo effettuata da S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 251.

<sup>52</sup> Da una certa giurisprudenza della Corte di giustizia si può comunque intravedere una maggiore propensione alla tutela del diritto alla *privacy*. Si pensi alla sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, non ancora pubblicata in *Racc.*; v. J.P. JAQUÉ, “Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droit fondamentaux devant la Cour de justice”, in *Rev. trim. droit européen*, 2014, p. 283.

<sup>53</sup> Ad avviso di chi scrive, il luogo in cui si è verificato il danno favorisce solo parzialmente la vittima. Qualsiasi criterio di collegamento impiegato dà come esito l'individuazione di una legge più vicina a una delle parti contrapposte, proprio in quanto si fonda su requisiti di prossimità: almeno una parte ha con ogni probabilità un collegamento intenso con quello Stato. Si tratta di una conseguenza insita alla materia stessa. Pertanto, nell'esempio posto il criterio di collegamento del luogo del danno non può essere escluso in quanto tale, ma al contrario, potrebbe costituire una soluzione equilibrata. Infatti, è facilmente prevedibile per entrambe le parti, e non pone alcun vantaggio aprioristico; inoltre, è neutrale, come è dimostrato *a contrario* in quanto potrebbe addirittura non riuscire ad operare, come ad esempio nella diffamazione di persone con reputazione mondiale.

dalla più facile conoscibilità della legge e dalla maggior prevedibilità per una parte, dalle quali consegue anche, se del caso, una migliore possibilità organizzativa. Pertanto, o è attribuita prevalenza aprioristica a uno dei due diritti tutelati<sup>54</sup>, oppure deve essere modificato il punto di vista, rinvenendo un criterio di collegamento che sia il più neutrale ed equidistante dalle parti, sicché nessuna delle due ottenga un vantaggio rispetto all'altra. Il metodo delle norme materiali di conflitto deve quindi essere utilizzato in via eccezionale, per una serie di rapporti predeterminati, suscettibili di astrazione: in via generale non è idoneo a garantire un bilanciamento fra diritti contrapposti e ugualmente meritevoli di protezione.

**31.** Alcune linee guida possono comunque essere tracciate: talune tecniche potrebbero essere funzionali allo scopo.

**32.** Ad avviso di chi scrive, la norma di conflitto deve temperare soprattutto due esigenze, la prevedibilità, in modo tale che l'interessato possa conoscere quale sia il comportamento da lui atteso, e organizzare i propri rapporti, personali e patrimoniali, di conseguenza, e la flessibilità, in modo tale da poter essere orientata agli interessi delle parti e ai diritti da bilanciare. Questo risultato può essere realizzato in diversi modi, di cui quello più utilizzato e noto è il principio di prossimità, impiegato sia come criterio di collegamento principale, sia come clausola di eccezione speciale o generale, sia come formula di chiusura per gli *unprovided for cases*<sup>55</sup>.

Da ciò conseguono tre soluzioni possibili.

**33.** In primo luogo, il principio di prossimità potrebbe essere utilizzato come criterio di collegamento principale<sup>56</sup>. Ciò tuttavia genererebbe incertezza proprio nelle fattispecie più frammentate, nelle quali è difficilmente rinvenibile un collegamento prevalente. La flessibilità diverrebbe imprevedibilità, da cui discenderebbe l'impossibilità di organizzare il proprio rapporto, e incertezza sull'esito dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato. Anche la tutela dei diritti fondamentali ne risulterebbe pregiudicata. Ad esempio, l'incertezza sulla legge applicabile rischia di rendere difficile qualsiasi previsione relativamente agli atti di disposizione dei propri beni e diritti, inficiando il diritto alla proprietà privata. Questa soluzione sarebbe ammissibile solo se la discrezionalità nell'applicazione del principio fosse in qualche modo guidata, come ad esempio avveniva nella Convenzione di Roma del 1980, attraverso presunzioni che non dovrebbero tuttavia essere rigide, ma costituire soltanto una guida per l'interprete.

**34.** Più adatta pare la seconda soluzione prospettabile. Il criterio di collegamento impiegato potrebbe essere rigido, ma corretto per il tramite del principio di prossimità quale clausola di eccezione<sup>57</sup>, al fine di assicurare un nesso sempre significativo nell'economia del rapporto, adattato sulle circostanze del caso concreto e pertanto prevedibile. La clausola potrebbe essere sia generale, come forma di adattamento alle regole rigide, come avviene nell'art. 15 della legge di diritto internazionale privato svizzera e nell'art. 8 della legge olandese, sia speciale, cioè stabilita per talune fattispecie particolari. Come dimostra la prassi svizzera, la clausola può essere utilizzata anche al fine di raggiungere obiettivi di carattere materiale<sup>58</sup>. Una clausola particolare è quella prevista nell'ambito del regolamento "Roma I". Infatti, la

<sup>54</sup> Ciò è quanto può correttamente avvenire in relazione al superiore interesse del minore, che prevale rispetto ad altri diritti fondamentali tutelati anche nell'ambito della CEDU, come è occorso nei citati casi *Povse* e *Sneerson*. Per un'applicazione concreta di questo bilanciamento da parte delle nostre giurisdizioni: S. TONOLO, "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81.

<sup>55</sup> Per maggiori approfondimenti: S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 174.

<sup>56</sup> Secondo D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La tendance", cit., p. 301 il principio di non discriminazione è garantito dal soddisfacimento di un requisito di prossimità.

<sup>57</sup> P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", in *Recueil des Cours*, vol. 196, 1986, p. 32; D. KOKKINI-IATRIDOU (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, Dodrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994; A.E. VON OVERBECK, "De quelques règles générales des conflits de lois dans les codifications récentes", in Basedow (a cura di), *Private Law in the international Arena – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Springer, 2000, p. 550.

<sup>58</sup> A. BONOMI, "Swiss Codification of International Private Law of 1987, Swiss Report 2010", in *Cardozo Law Bulletin*,

soluzione internazionalprivatistica è avvicinata alle aspettative delle parti, che vedono la prevalenza di un insieme di fattori, tutti localizzati in un medesimo paese, rispetto al luogo in cui si trova il presupposto baricentro del rapporto. Inoltre, è mantenuta l'equidistanza della norma di conflitto rispetto alla posizione delle parti e la ragionevolezza nel suo utilizzo<sup>59</sup>.

**35.** Infine, il principio potrebbe costituire una clausola generale per tutti i casi non previsti da norme di conflitto rigide, al fine di assicurare alle parti e al giudice una soluzione internazionalprivatistica, per non rischiare un *non liquet* oppure una decisione eccessivamente discrezionale sulla questione. Questa possibilità non esclude, evidentemente, l'uso delle precedenti.

**36.** Queste osservazioni non risolvono il problema basilare, cioè l'individuazione dei criteri idonei alla protezione dei diritti dell'uomo in via astratta, rispetto ai quali il principio di prossimità fungerebbe da correttivo, o che, al contrario, costituiscono presunzioni per la maggior concretizzazione del principio. In taluni casi, la scelta può essere piuttosto semplice. Nell'ambito dei diritti reali immobiliari è naturale il collegamento alla *lex rei sitae*, in qualche modo necessitato alla luce della certezza del diritto<sup>60</sup>. Il criterio di collegamento è oggettivo, prevedibile, fondato su un elemento centrale del rapporto, è equidistante dalle parti, salvaguarda l'interesse dello Stato nel mantenimento del catalogo chiuso di diritti reali, salvo l'eventuale adattamento. Anche questo strumento, a ben vedere, è una forma di tutela del diritto reale del titolare che immagina di poter godere di certe facoltà e di essere soggetto a determinati obblighi, quelli della *lex rei sitae*, alla luce della quale ha esercitato le facoltà derivanti da quel diritto. Analogamente, il fatto che sia richiesta una qualsiasi forma di registrazione, trascrizione o iscrizione rende lo Stato in cui questa formalità avviene quello più prossimo alla fattispecie, e più prevedibile per le parti<sup>61</sup>.

**37.** In altre ipotesi, la scelta è complessa. Per tutelare la vita privata, è preferibile il criterio della cittadinanza o della residenza abituale dell'interessato per le questioni di *status*? Per assicurare la libertà di impresa e il diritto di proprietà, nella disciplina delle persone giuridiche deve essere utilizzato il collegamento al luogo di incorporazione o dello svolgimento dell'attività<sup>62</sup>? Nella ricerca dell'equilibrio fra diritto alla *privacy* e libertà d'espressione, deve essere preferito il luogo della sede dell'editore, quello del danno, o quello della residenza abituale della vittima? Ciascun criterio è idoneo a tutelare in modo diverso differenti diritti, e una scelta aprioristica potrebbe non essere adatta nel caso concreto. Ad avviso di chi scrive, questo aspetto non può essere affrontato in modo definitivo sul solo fondamento della tutela dei diritti dell'uomo. La scelta non può che dipendere da considerazioni di carattere politico e non giuridico, in forza degli interessi e del diritto considerati più rilevanti.

**38.** Tuttavia, esistono tecniche di diritto internazionale privato che consentono una certa flessibilità per assicurare il contemperamento di diversi diritti. I criteri di collegamento possono essere alternativi fra di loro, e l'individuazione di quello applicabile potrebbe essere effettuata secondo due mo-

---

Fall 2010, consultabile sul sito: <https://sites.google.com/site/cardozolawbulletin/home/fall-2010?pli=1>; S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 283.

<sup>59</sup> Si noti tuttavia che non tutte le clausole di eccezione hanno una formulazione che assicura la loro effettività. (S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 201 mette in luce come quella contenuta nell'articolo 4, par. 3 del regolamento 864/2007 rischia di essere poco efficace, dal momento che è concentrata soprattutto su elementi geografici, e non sull'idoneità dell'esito dell'applicazione del criterio di collegamento alla fattispecie, e che considera lo svolgersi dell'intero fatto illecito, e non delle questioni concretamente controverse. Pertanto, la clausola di eccezione dovrebbe essere formulata con attenzione, considerando la significatività del collegamento nel suo complesso e la questione controversa.

<sup>60</sup> D. MARTINY, "Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private international law", in *IPRax*, 2012, p. 119; K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle*, cit., p. 531.

<sup>61</sup> E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne", in *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, p. 202.

<sup>62</sup> Il riferimento al luogo di registrazione compiuto nel testo farebbe propendere per una soluzione favorevole all'incorporazione piuttosto che all'attività. In questo caso si pone tuttavia la necessaria tutela dei terzi. Pertanto, se l'attività è esercitata prevalentemente in uno Stato diverso, esternamente risulta maggiormente visibile e i terzi potrebbero fare maggior affidamento su questo collegamento.

dalità. In primo luogo, potrebbe essere lasciata alle parti una possibilità di scelta (necessitata), in modo tale che sia assicurata l'applicazione di una legge desiderata, anche alla luce del suo contenuto, o delle aspettative delle parti, che abbiano temuto un comportamento conforme alla legge che immaginavano applicabile. Ciò appare in sintonia anche con le giurisprudenze delle Corti europee. In secondo luogo, il giudice potrebbe individuare il collegamento più adatto sul fondamento del principio di prossimità, e quindi di volta in volta una legge contemporaneamente prevedibile e significativa nell'economia del rapporto. Nel primo caso, sarebbe privilegiata l'autodeterminazione degli interessati; nel secondo, la certezza del diritto, la neutralità rispetto alle parti, una certa discrezionalità per temperare la norma astratta con la fattispecie concreta<sup>63</sup>. Poiché è lasciato un certo spazio a valutazioni non astratte, il metodo non pregiudica i diritti dell'uomo, *in primis* il principio di non discriminazione.

**39.** Tuttavia, questi criteri potrebbero non operare nel caso concreto. Ciò accade, ad esempio, nell'applicazione del principio di prossimità quale criterio principale o quale strumento di scelta fra più criteri oggettivi: nelle fattispecie particolarmente frammentate, potrebbe non dare alcun esito positivo. Anche quando la scelta è rimessa alle parti, potrebbe non sussistere alcun accordo. Infine, se è utilizzato un criterio di collegamento rigido, quest'ultimo potrebbe non essere rinvenibile nella realtà fattuale (come ad esempio quando sia modellato in relazione a più soggetti: la cittadinanza comune, la residenza abituale comune, ecc...). Allora, è estremamente utile che sia prevista una serie di criteri a cascata. Questo metodo consente di individuare comunque una legge applicabile. Inoltre, si tratta di una tecnica utile ad assicurare l'effettiva transnazionalità della fattispecie: l'automatica applicazione della *lex fori* in quanto tale rischia di pregiudicare il carattere internazionale del rapporto, sminuendo gli altri importanti collegamenti che può avere con altri ordinamenti, violando nuovamente il principio di non discriminazione. Una serie di alternative risulta più funzionale; questa non esclude l'applicazione della *lex fori*, che viene però individuata in quanto presenta collegamenti significativi, e non perché è soluzione di comodo<sup>64</sup>.

**40.** Per questi motivi, sono opportune soluzioni analoghe a quelle contenute nella proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali dei coniugi, struttura poi seguita anche dal Parlamento europeo negli emendamenti alla proposta di regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>65</sup>. Sono stabiliti criteri di collegamento a cascata che considerano la residenza abituale comune<sup>66</sup>, la cittadinanza comune e il principio di prossimità. Tuttavia, in assenza, rileva la cittadinanza comune, in una struttura a cascata. Una maggior flessibilità e una maggior garanzia della tutela dei diritti fondamentali sottostanti sarebbero raggiunte qualora questi criteri, irrinunciabili, fossero posti fin dall'inizio in combinazione con il principio di prossimità, permettendo l'applicazione della legge della cittadinanza comune anche qualora i coniugi possiedano una residenza abituale comune, ma fosse loro più vicina

<sup>63</sup> Nell'ambito dello *status* delle persone giuridiche l'alternatività fra luogo dell'incorporazione e luogo dello svolgimento delle attività sul fondamento del principio di prossimità assicurerebbe una sufficiente prevedibilità, temperata alle esigenze di flessibilità, non pregiudicherebbe la certezza del diritto (perché l'attività commerciale in un altro Stato è evidente anche ai terzi), faciliterebbe la libera circolazione delle persone giuridiche nell'ottica dell'Unione europea e lo stesso diritto fondamentale alla libertà di impresa (perché non dovrebbero ogni volta procedere alla propria dissoluzione e nuova ricostituzione in un altro paese). La differenziazione fra persone fisiche e giuridiche nella determinazione della loro residenza abituale nell'esercizio dell'attività di impresa all'art. 19 del regolamento 593/2008 non risponde a questa esigenza, rendendo rigida e diversa nei due casi – in cui pur sempre si tratta di un imprenditore! – una nozione per natura flessibile ad adattabile alle circostanze concrete.

<sup>64</sup> Si ricordi l'interessante formulazione di E. JAYME, "Identité culturelle", cit., p. 172, secondo il quale anche le norme di conflitto a carattere locale possono essere modellate al fine di tutelare il diritto all'identità culturale, prendendo in considerazione l'ordinamento cui appartiene la persona di cui si tratta.

<sup>65</sup> Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011, COM(2011) 126 definitivo, 2011/0059 (CNS); Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011, COM(2011) 127 definitivo, 2011/0060 (CNS).

<sup>66</sup> Il criterio tende a favorire le libertà di circolazione comunitarie: M. BOGDAN, "Private international law as component of the law of the forum", in *Recueil des Cours*, vol. 348, 2010, p. 65; N. SAUVAGE, "La dangereuse notion de "prévisibilité raisonnable" et l'exigence de sécurité juridique", in *Rev. Union europ.*, 2012, p. 519; C.A. KERN, D. GLÜCKER, "Das Neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur", in *RebelsZ*, 2014, p. 309.

quella del paese di cittadinanza, anche per fattori personali (ad esempio, perché non ancora integrati nello Stato di residenza), o con l'autonomia della volontà, nel senso che gli interessati siano chiamati a scegliere necessariamente fra l'una o l'altra.

## VI. Il controllo sul contenuto della legge applicabile

41. Alle difficoltà di individuare criteri di collegamento funzionali alla tutela dei diritti dell'uomo si aggiunge il fatto che quest'ultima dipende necessariamente, in una seconda fase, dal contenuto della legge applicabile. Ciò è particolarmente evidente anche nell'uso del metodo delle norme materiali di conflitto. Per limitarci a un esempio già ampiamente studiato, la legge della residenza abituale del consumatore dovrebbe essere favorevole a quest'ultimo per il fatto di essere conosciuta o facilmente conoscibile, per motivi di prossimità. Tuttavia, se la legge individuata non ammette alcuna protezione del consumatore, questa vicinanza cognitiva risulta poco utile. Analogamente si può ragionare in termini di diritti dell'uomo: se la legge richiamata non ne consente una protezione sufficiente, si rischia una violazione dei diritti in fase di applicazione della legge, sebbene sia stata evitata inizialmente tramite un criterio di collegamento astrattamente idoneo.

42. Anche in questa fase, il diritto internazionale privato può fornire strumenti utili alla tutela dei diritti fondamentali, primo fra tutti, il classico istituto dell'ordine pubblico<sup>67</sup>. Inoltre, qualora un ordinamento riconosca un valore estremamente elevato a un particolare diritto fondamentale, e lo concretizzi in talune disposizioni, queste possono senz'altro assumere il rango delle norme di applicazione necessaria<sup>68</sup>. Un approccio unilaterale di questo tipo è giustificato dalla sentenza *Omega*, che valorizza la tutela particolare assicurata nell'ordinamento tedesco alla dignità dell'uomo, nonostante il fatto che il conflitto fosse posto con un altro ordinamento di uno Stato membro dell'Unione europea, e nonostante la conseguente limitazione di una libertà fondamentale di circolazione.

43. Oltre all'approccio classico, parte della dottrina ha proposto una soluzione che potrebbe essere interessante a tal fine<sup>69</sup>, il rinvio per considerazioni materiali<sup>70</sup>. Qualora la legge individuata per prima non permetta una sufficiente protezione dei diritti dell'uomo, potrebbe essere applicato il sistema di diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato per valutare se la legge a cui quest'ultimo rinvia garantisca invece quel diritto. Si tratta di uno strumento già noto nel sistema internazionalprivatistico italiano, sebbene posto in senso contrario a quanto ora affermato, relativamente alla filiazione (art. 13, III c. l. 218/95): il rinvio è ammesso non per verificare se esiste una tutela che nel primo ordinamento richiamato non è garantita, ma all'opposto, solo se a seguito del rinvio sia comunque possibile garantirne la protezione.

44. Ulteriore dottrina<sup>71</sup> propone di applicare un'eccezione "diritti dell'uomo", a condizione che la legge richiamata violi il nocciolo di un diritto fondamentale, che quest'ultimo sia chiaramente identificato e garantito incondizionatamente e che non sia sufficiente alcuno strumento classico di diritto

<sup>67</sup> Sui limiti con i quali può essere impiegato in questo contesto: C. CAMPIGLIO, "Identità culturale", cit., p. 1055.

<sup>68</sup> H. GAUDEMONT TALLON, "Individualisme et mondialisation", cit., p. 185; T. JOHN, L. DELAHAYE, "The Use of Private International Law Escape Device to Manage the Mediate Application of (Foreign) Human Rights in Civil and Commercial Disputes in Australia", in *A Commitment*, cit., p. 248. In questi casi, anche la scelta di legge potrebbe essere superata, incidendo sugli effetti dell'applicazione della legge. Si può riproporre l'esempio presentato da B. BOURDELOIS, "Relations familiales internationales et *professio juris*", in *Les relations privées internationales*, cit., p. 152, che esamina il caso in cui la legge scelta sia discriminatoria nella determinazione della quota successoria sulla base del sesso del chiamato all'eredità. Se nel suo contenuto viola i diritti umani, l'*optio iuris* deve essere superata. Ciò non inficia, tuttavia, il principio della libera espressione della volontà delle parti: gli strumenti di controllo sul contenuto della legge applicabile sono generali, anche nell'applicazione di criteri di collegamento oggettivi.

<sup>69</sup> T. JOHN, L. DELAHAYE, "The Use of Private International Law", cit., p. 248.

<sup>70</sup> Sugli obiettivi realizzabili per il tramite del rinvio: P. PICONE, "Riflessioni sulle finalità del "rinvio" nel diritto internazionale privato contemporaneo", in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1192.

<sup>71</sup> L. D'AVOUT, *Droits fondamentaux*, cit., p. 196.

internazionale privato. Altrimenti, il coordinamento deve comunque avvenire per il tramite delle norme di conflitto, che costituisce la vera “*charnière*” fra diversi ordinamenti. Si tratterebbe di uno strumento di *extrema ratio*, qualora non sia possibile garantire in altro modo un diritto fondamentale.

45. Il problema principale sorge, ancora una volta, in caso di conflitto di titolarità di diritti diversi. In queste ipotesi, la soluzione del problema non può essere astratta, ma deve necessariamente essere modulata sul caso concreto. Nell'impossibilità di valorizzare in modo assoluto entrambi i diritti, l'equilibrio dipende da una scelta di fondo, la quale non deve annullare la portata del diritto meno tutelato<sup>72</sup>. Una soluzione potrebbe essere la “presa in considerazione” della legge che entra in conflitto, ma non risulta applicabile. L'analogia è a quanto prescritto dall'art. 17 del regolamento 864/2007: le norme di sicurezza e condotta del paese in cui è avvenuto il fatto non hanno l'efficacia di legge che sarebbe loro propria, costituendo meri dati di fatto. Analogamente la legge in conflitto, ma non applicabile, può rilevare come fatto per una valutazione circa il grado di tutela assegnato ai diritti fondamentali contrastanti. La legge non applicata potrebbe essere presa in considerazione qualora quella regolatrice non soddisfi in modo sufficiente i diritti fondamentali della persona<sup>73</sup>. In questo caso non avremmo un vero e proprio conflitto di leggi sostanziali, dal momento che, ad esempio, sarebbe applicabile la legge della cittadinanza in materia di *status* personali. Tuttavia, se l'interessato ritiene di vantare un diritto fondamentale in forza della legge del luogo della sua residenza abituale, quest'ultima dovrebbe comunque essere presa in considerazione, e concretamente verificato se sia possibile assicurare il godimento di quel diritto, interpretando e applicando a tal fine la *lex causae*.

46. Vi sia un vero e proprio conflitto fra diritti contrapposti, o sia riscontrabile una possibile violazione di un diritto fondamentale nell'applicazione rigida delle norme di conflitto, se le due leggi contengono scelte politiche molto distanti è necessaria una ponderazione. Anche in quest'ambito potrebbe intervenire l'adattamento, istituto utilizzato soprattutto nell'ambito dei diritti reali, ma che potrebbe essere letto in un'ottica più ampia<sup>74</sup>: le leggi potenzialmente applicabili vanno adattate fra loro, qualora esprimano entrambe valori fondamentali e non rinunciabili, al fine di garantire un corretto equilibrio fra i diritti in contrapposizione. Ciò significa riconoscere un potere di temperamento al giudice. Questa discrezionalità deve essere guidata: è applicabile la legge richiamata, ma in caso di palese contrapposizione fra le leggi in conflitto, una ponderazione è necessaria, con riguardo alle posizioni tutelate anche dall'altra legge (o dalle altre leggi). È prospettabile una modulazione della tutela offerta dalla legge applicabile alla luce della protezione degli altri diritti garantiti dagli altri ordinamenti. In questo modo, è applicata la legge richiamata, in modo corretto dal punto di vista di un diritto internazionale privato già orientato alla protezione dei diritti umani; è tutelato il diritto considerato preminente nell'ordinamento della *lex causae*; tuttavia, non è pregiudicato eccessivamente l'altro diritto. Entrambi vengono quantomeno presi in considerazione per la soluzione concreta della controversia, senza dover invocare l'ordine pubblico o le norme di applicazione necessaria. Potrebbe essere sollevata l'obiezione per cui giudici di diversi ordinamenti potrebbero ritenere che l'equilibrio è posto in punti differenti, a seconda della prevalenza che la *lex fori* attribuisce all'uno o all'altro diritto tutelato. Non si tratterebbe certo di un abuso, ma di una diversa sensibilità giuridica del decidente, che gli proviene necessariamente dalla propria formazione e dall'ambiente in cui opera. Questo significa che il punto di equilibrio, che in un

<sup>72</sup> O.O. CHEREDNYCHENCKO, “Fundamental Rights, European Private Law and Financial Services”, in *Constitutionalisation of European Private Law*, cit., p. 209.

<sup>73</sup> Nell'ambito della tutela all'identità culturale, E. JAYME, “Identité culturelle”, cit., p. 179, già suggeriva una soluzione analoga. Possono essere considerate come dati di fatto le leggi di cittadinanza, che sono portatrici dell'identità culturale della persona, senza tuttavia inficiare l'applicabilità della legge della residenza abituale. A p. 255 l'autore cita alcuni esempi della giurisprudenza. Più recentemente, nell'ambito del diritto di famiglia: M.-P. WELLER, “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationale Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie”, in *IPRax*, 2014, p. 225. In questo modo è altresì parzialmente superabile il dilemma nella scelta fra cittadinanza e residenza abituale come criterio di collegamento.

<sup>74</sup> V. per l'estensione dello strumento: B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2013, p. 383; L. NI-BOYET, “Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit International privé (à la lumière de la porosité des catégories “*alimony*” et “*matrimonial property*” en droit anglais)”, in *Les relations privées internationales*, cit., p. 562.

ordinamento può essere considerato assolutamente soddisfacente, non è lo stesso che sarebbe stato rinvenuto altrove<sup>75</sup>. Questo esito risulta inevitabile: tuttavia, se l'adattamento è ricercato in modo adeguato e non solo formalmente, quella decisione, seppur non pienamente condivisibile, risulterebbe accettabile anche nell'ordinamento la cui legge non è stata applicata, evitandosi problemi di riconoscimento ed esecuzione della sentenza. Inoltre, questa soluzione risulta più felice dell'applicazione sia dell'ordine pubblico, che comporta l'esclusione, sebbene solo parziale, della *lex causae*, sia delle norme di applicazione necessaria, che presuppongono una certa focalizzazione sulla *lex fori*. Non sarebbe riconosciuta prevalenza automatica ad alcun ordinamento, e di conseguenza ad alcun diritto fondamentale, pur tutelando tutti quelli in rilievo; sarebbe rispettata la portata transnazionale della fattispecie; sarebbero coordinati gli ordinamenti; le aspettative delle parti non sarebbero disattese. Ampliare la portata dello strumento dell'adattamento alla luce della considerazione materiale di tutte le leggi in conflitto risulterebbe quindi funzionale per la tutela dei diritti dell'uomo.

---

<sup>75</sup> Già negli ordinamenti di *common law*, l'approccio al problema della diffamazione è differente: R. GARNET, M. RICHARDSON, "Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases", in *Jour. Private Int. Law*, 2009, p. 471.