

# Uguaglianza e giustizia

Itinerario di una ricerca dottorale

a cura di  
**Paola Ivaldi**  
**Lorenzo Schiano di Pepe**



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



*Il presente volume è stato sottoposto a double blind peer-review  
secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI*

© 2023 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza  
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN: 978-88-3618-197-1 (versione a stampa)

ISBN: 978-88-3618-198-8 (versione eBook)

Pubblicato a maggio 2023

Realizzazione Editoriale

**GENOVA UNIVERSITY PRESS**

Via Balbi, 6 – 16126 Genova

Tel. 010 20951558 – Fax 010 20951552

e-mail: [gup@unige.it](mailto:gup@unige.it)

<https://gup.unige.it>

## SOMMARIO

PREFAZIONE	9
PARTE I: RELAZIONI E LEZIONI DOTTORALI	
GUIDO ALPA <i>Discriminazioni e diritti umani. Elementi di storia della cultura giuridica</i>	13
MARIA VITTORIA BALLESTRERO <i>La discriminazione algoritmica. Il caso dei rider</i>	41
VALENTINA DI GREGORIO <i>Il principio di non discriminazione delle persone con disabilità</i>	55
ELENA GUALCO <i>Embedding EU Equality Law into the Common European Asylum System: An Investigation of Age Assessment Procedures</i>	81
PAOLA IVALDI <i>Uguaglianza e differenze nel diritto dell'Unione europea. Spunti per una riflessione</i>	101
NICOLÒ LIPARI <i>Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione</i>	115
DAVIDE PONTE <i>Intelligenza artificiale, canone di non discriminazione e procedimento amministrativo</i>	127
VINCENZO SCIARABBA <i>Le 'discriminazioni a rovescio' per non applicabilità del diritto UE: profili costituzionali, legislativi e giurisprudenziali</i>	143
SARA TONOLO <i>Il principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato attuale</i>	167

## PARTE II: INTERVENTI E COMMENTI

FRANCESCA BANDINI

*Cittadinanza nazionale ed europea:*

*strumenti di uguaglianza o discriminazione nel diritto internazionale privato?* 197

SILVIA BATTISTELLA

*Parità delle parti nel processo amministrativo e ruolo del giudice: brevi riflessioni* 217

FIAMMETTA MARIA CAMPANA

*Eguaglianza e Capitalismo: ripensare il liberalismo politico* 231

DANIELE COLONNA

*Eguaglianza e giustizia: linearità e incongruenze nella storia giuridica occidentale* 241

DANIELE CURIR

*L'eguaglianza nell'esperienza giuridica romana: alcune riflessioni* 253

LUCA OLIVERI

*Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori:*

*qualche considerazione intorno a Elogio della giustizia* 263

DEISY C. VILLALOBOS MEJÍA

*El reconocimiento y la tutela integral de la identidad personal*

*como presupuesto funcional del ordenamiento jurídico* 285

## IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ATTUALE

Sara Tonolo\*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Principio di uguaglianza e criteri di collegamento. – 3. Scelta del criterio di collegamento e principio di uguaglianza. La cittadinanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. – 4. Residenza, domicilio, sede e principio di uguaglianza. – 5. *Electio iuris* e principio di uguaglianza. – 6. Operatività del principio di uguaglianza tramite il limite di ordine pubblico. – 7. Possibili discriminazioni derivanti dall'operatività dell'ordine pubblico; controlli. – 8. Possibili discriminazioni derivanti dal funzionamento delle norme di applicazione necessaria. – 9. Osservazioni conclusive.

### 1. Osservazioni introduttive.

Complessi sono i profili secondo i quali la rilevanza del principio di uguaglianza può apprezzarsi, con riguardo alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie che presentano collegamenti con sistemi giuridici differenti.

Viene innanzitutto in considerazione l'interpretazione dei criteri di collegamento, da effettuare, entro l'ordinamento del foro, allo scopo di valutarne le modalità di funzionamento. Tale interpretazione, rivolta all'applicabilità del diritto internazionale privato, da configurarsi in relazione alle finalità che un ordinamento si prefigge, si definisce tradizionalmente quale riscontro di operabilità, ovvero di rilevanza del momento di collegamento ai fini dell'applicazione della norma che lo prevede<sup>1</sup>. Si effettua una valutazione di rilevanza, che vale a determinare l'applicazione o la disapplicazione del criterio di collegamento, per soddisfare le aspettative dei soggetti coinvolti

---

\* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università di Trieste. Il testo costituisce la rielaborazione scritta della relazione tenuta a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

<sup>1</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, p. 268 ss.; G. CONETTI, *L'arrêt Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 257 ss., p. 263.

in maniera paritaria, obiettivo indiscusso della giustizia del diritto internazionale<sup>2</sup>.

Altra questione si pone all'esito dell'individuazione dei collegamenti, in seguito all'operatività di valutazioni concernenti la giustizia materiale della disciplina richiamata e la sua attitudine a soddisfare i diritti fondamentali. La parziale operatività del diritto richiamato, per effetto di adattamento o concorso cumulativo con altro ordinamento o dell'operatività del limite dell'ordine pubblico, o delle norme di applicazione necessaria, non deriva dall'idoneità dei criteri di collegamento a determinare la connessione più opportuna sotto il profilo della giustizia di diritto internazionale privato, ma si configura come il risultato di una giustapposizione di leggi richiamate, in cui prevalgono le finalità di giustizia materiale<sup>3</sup>. Anche in questo caso, può rilevare il principio di uguaglianza, non in quanto ausilio interpretativo dell'ambito di applicazione delle regole di conflitto, ma piuttosto quale principio generale posto a tutela dei diritti fondamentali degli individui nelle relazioni private<sup>4</sup>. Tale secondo profilo di rilevanza del principio di uguaglianza ha una duplice valenza, riguardando, da un lato, il blocco, tramite l'ordine pubblico, dell'operatività della legge straniera in contrasto col principio di uguaglianza, che realizza al contempo la diseguale applicazione della legge straniera e della *lex fori* ed esclude o riduce l'operatività della prima a vantaggio della seconda e, dall'altro lato, la necessità che, a sua volta, l'operatività dell'ordine pubblico e la disapplicazione della legge straniera non determini una discriminazione connessa a un interesse perseguito dai giudici nazionali in maniera sproporzionata e lesiva di diritti fondamentali dell'individuo, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>5</sup>, e che situazioni simili siano

---

<sup>2</sup> G. KEGEL, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 253 ss.

<sup>3</sup> H. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1939 – III (69), p. 77 ss.; G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento della norma straniera richiamata*, Torino, 1939, p. 153 ss.; I. KISCH, *La loi plus favorable*, in *Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, p. 373 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I cit., p. 285 ss.

<sup>4</sup> F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, pp. 259- 291, p. 277 ss.

<sup>5</sup> Corte EDU, sent. 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negreptotis-Giannisis c. Grecia*. Più in generale, per interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a supporto dell'ordine pubblico come limite al riconoscimento di decisioni estere in violazione di principi fondamentali, si veda Corte EDU, sent. 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg*; Corte EDU, sent. 29 aprile 2008, ricorso n. 18648/04, *Mc Donald v. France*. Sul punto, v. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009 (341), p. 307.

regolate secondo regimi divergenti dinanzi ai giudici dello stesso Paese<sup>6</sup>. Nell'ambito di tale duplice analisi, si articolerà la riflessione sulla funzione esercitata dal principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato attuale: da un lato, esso, nell'ambito della parità delle aspettative per l'applicazione degli ordinamenti, orienta la scelta dell'interprete per il criterio di collegamento più idoneo a tale obiettivo; dall'altro lato, in quanto strumento destinato a tutelare le posizioni individuali e i diritti fondamentali, consente di suggerire le soluzioni più efficaci da seguire a tal fine<sup>7</sup>.

## 2. Principio di uguaglianza e criteri di collegamento.

Nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di collegamento. Tali valori trascendono il singolo ordinamento per affermarsi nel quadro della più ampia 'comunità di diritto', notoriamente delineata da Savigny<sup>8</sup>.

Tra essi ricorre il principio di uguaglianza, che, in quanto presupposto della delimitazione applicativa delle regole di conflitto, ha assunto nel tempo diversi significati e aspetti.

Innanzitutto, pare opportuno ricordare che, in attuazione della nozione di uguaglianza sostanziale, dalla quale discende la necessità di trattare analogamente situazioni simili e differentemente situazioni diverse, tale principio può porsi a fondamento delle stesse regole di conflitto<sup>9</sup>. L'accoglimento del principio in esame, quale fondamento ideale del diritto internazionale privato, va tuttavia inteso come fonte di «*directives au législateur pour l'élaboration des ses règles de conflit [...] une notion ressortissant à la politique juridique mais néanmoins susceptible de trouver parfois un fondement dans le droit constitutionnel ou le droit international public positif*»<sup>10</sup>. Si tratta, più che di un principio, di una tendenza dei sistemi di conflitto<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1963, p. 203 ss., p. 525.

<sup>7</sup> A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé cit.*, p. 307 ss.; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti di diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 249-266.

<sup>8</sup> F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849, p. 28 ss.

<sup>9</sup> W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité cit.*, p. 203 ss.

<sup>10</sup> Ancora W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité cit.*, p. 204.

<sup>11</sup> E. VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1979-I (162), p. 46 ss.

In sostanza, il principio di uguaglianza non giustifica il collegamento della cittadinanza o quello del domicilio, ma si limita a imporre la parità di trattamento dei sistemi giuridici applicabili, in presenza di collegamenti parimenti ragionevoli per la connessione con gli interessi dei soggetti coinvolti. Si pensi ad esempio alla rilevanza assunta dall'uguaglianza tra uomo e donna che, generalmente affermata nelle fonti internazionali accanto al divieto di discriminazione<sup>12</sup>, è stata applicata ad alcuni casi internazionale-privatistici intorno alla metà degli anni '80 del secolo scorso dalla giurisprudenza costituzionale tedesca e da quella italiana<sup>13</sup>, determinando l'abbandono del collegamento della cittadinanza del marito nella disciplina di conflitto dei rapporti matrimoniali entro molti sistemi europei di diritto internazionale privato, che di conseguenza hanno previsto, in materia, il collegamento della residenza abituale comune dei coniugi, il collegamento più stretto, il luogo in cui è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale, o la *lex fori*<sup>14</sup>.

Più in generale, le origini della connessione tra uguaglianza e criteri di collegamento, con particolare riguardo a quello della cittadinanza, possono leggersi, quanto al sistema italiano di diritto internazionale privato, nell'opera di Pasquale Stanislao Mancini<sup>15</sup>, e nella codificazione dell'art. 3 del codice civile del 1865, secondo il quale lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. È chiaro che, tramite questa disposizione, si determina la necessità di considerare la *lex fori* in posizione di parità con il diritto straniero, secondo un sistema internazionalmente nazionalista,

---

<sup>12</sup> La discriminazione in base al sesso costituisce una specifica applicazione del principio di uguaglianza sin dalla previsione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, GA Res. 217/A (III), 10.12.1948, U.N. Doc. A/810, 71, poi ribadita in maniera vincolante dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, *International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976)* 999 UNTS 171, e dall'art. 2.2. del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976)*, 993 UNTS 3. Sul punto si veda K. HENRARD, *Equality of Individuals*, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, par. 3; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 175 ss.

<sup>13</sup> In merito si veda *infra*, par. 3.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000 (283), pp. 9-186, p. 42 ss.

<sup>15</sup> P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, *Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1851*, a cura di E. JAYME, Torino, 2000, p. 23 ss.

fondato sulla nazionalità<sup>16</sup>, ma allo stesso tempo rivolto a riconoscere pari valore e dignità alla nazionalità italiana e a quella straniera<sup>17</sup>, senza discriminazioni di alcun genere, garantendo in maniera uniforme le aspettative dei soggetti interessati<sup>18</sup>.

### *3. Scelta del criterio di collegamento e principio di uguaglianza. La cittadinanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.*

L'ampia applicazione giurisprudenziale del criterio di collegamento della cittadinanza, codificato entro molti sistemi di conflitto, talvolta anche per motivi di opportunità pratica e politica<sup>19</sup>, quali ad es. la stabilità e certezza dello statuto personale, evidenzia la necessità di riflettere in merito alle discriminazioni collegate a un criterio astrattamente considerato idoneo a corrispondere all'uguaglianza delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare<sup>20</sup>. Ciò anche alla luce della connessione tra cittadinanza ed evoluzione della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>21</sup>. Accanto alle numerose norme di fonte internazionale che sanciscono il diritto a una cittadinanza, quale ad es. l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, non si può non riconoscere la limitata estensione delle previsioni concernenti il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, che può ritenersi ricompreso nel generale principio di uguaglianza sancito ad es. entro l'art. 2, par. 3, del Patto sui diritti economici

---

<sup>16</sup> Ove ciò non sia possibile tramite l'applicazione delle regole di conflitto codificate, la necessità di raggiungere l'armonia internazionale delle soluzioni orienta l'attuazione degli strumenti interpretativi, quale la qualificazione, il rinvio, la soluzione delle questioni preliminari, sui quali si veda S. TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos derecho transn.*, 2011, 3, pp. 178-192.

<sup>17</sup> P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1991, pp. 651-665, a p. 659.

<sup>18</sup> S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, p. 176 ss.

Cass. 16 gennaio 1861, in B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, p. 34 ss.

<sup>19</sup> In generale si veda P. FRANZINA, *Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 85-98.

<sup>20</sup> Si veda ad es. BVerfG, 30 novembre 1988, in *BverfGE*, 79, 203209: «In der Anwendung seines Heimatrechts kann gerade keine Diskriminierung des Beschwerdeführers gesehen werden».

<sup>21</sup> Sul punto, si veda la fondamentale pronuncia della Corte internazionale di giustizia, sent. 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala*, *Nottebohm*, *I.C.J. Reports*, 1955, p. 4 ss.

e sociali del 1966. Un riferimento importante al divieto di discriminazione in base alla nazionalità è contenuto nell'art. 3 par. 3 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 (CERD)<sup>22</sup>, che pur non applicandosi «alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o trattamenti preferenziali stabiliti da uno Stato parte della Convenzione a seconda che si tratti di propri cittadini o di non cittadini», prevede che «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come in qualsiasi modo in contrasto con le disposizioni legislative degli Stati parti alla Convenzione e che si riferiscono alla nazionalità, alla cittadinanza o alla naturalizzazione, a condizione che tali disposizioni non siano discriminatorie nei confronti di una particolare nazionalità»<sup>23</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza può dirsi ricompreso nel più generale principio di eguaglianza di cui all'art. 3, 1° co., della Costituzione. La previsione dell'art. 10, 2° co., della Costituzione<sup>24</sup> si ispira infatti ad una impostazione comune all'art. 3, 1° co., con la conseguenza che le norme e i trattati internazionali vincolanti la legge richiamata dall'art. 10 non si limitano ad assicurare uno *standard* minimo di trattamento, ma vietano qualsiasi arbitrio commesso dallo Stato nei confronti degli stranieri<sup>25</sup>. Tale orientamento corrisponde a una tendenza diffusa all'interno delle fonti costituzionali di molti paesi europei<sup>26</sup>, e alle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in applicazione del divieto di discriminazione codificato entro l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>.

Nel diritto dell'Unione europea, la discriminazione in base alla cittadinanza è vietata attualmente dall'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

<sup>22</sup> G.A. Res. 2106 (XX), 21.12.1965

<sup>23</sup> Grazie a questa disposizione, il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale ha talvolta censurato le distinzioni fondate sulla nazionalità che, di fatto, nascondevano una discriminazione razziale, vietata dall'art. 1, come ad es. nel caso *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danimarca*, Communication n. 10/1997, U.N. Doc. CERD/C/54/D/10/1997 (1997), par. 9.3.

<sup>24</sup> Art. 10, secondo comma, Cost.: «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

<sup>25</sup> L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 530.

<sup>26</sup> Si veda ad es. in Germania BVerfG, 18 luglio 2006 *cit.*, p. 243.

<sup>27</sup> Corte EDU, sent. 16 settembre 1996, ricorso n. 16213/90, *Gaygusuz c. Austria*, in cui si afferma l'incompatibilità con l'art. 14 della Convenzione europea della disciplina nazionale, che sottopone il diritto a ottenere benefici previdenziali a condizioni di reciprocità con il paese di cittadinanza dei soggetti interessati; si veda inoltre per un'analogia affermazione Corte EDU, sent. 30 settembre 2003, ricorso n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*.

europea (di seguito TFUE)<sup>28</sup>, che assicura l'uguaglianza di trattamento dei cittadini dell'Unione, ed eccezionalmente quella dei cittadini di Stati terzi, ove in possesso anche della cittadinanza di uno Stato membro<sup>29</sup>. Da tale principio, e dall'elaborazione giurisprudenziale che ha condotto all'attuale codificazione normativa, discendono molteplici conseguenze, tra le quali innanzitutto la circostanza che il diritto dell'Unione europea riconosca, tramite le indicazioni della Corte di Lussemburgo, la regola consuetudinaria secondo la quale la cittadinanza va determinata secondo le norme dello Stato che attribuisce la cittadinanza<sup>30</sup>. È poi evidente che le regole di giurisdizione e di conflitto poste dagli atti dell'Unione europea non potranno essere, all'atto della loro applicazione, fonte di discriminazioni vietate dall'art. 18 TFUE, ad es. per effetto del richiamo della cittadinanza con riguardo ad una sola delle parti del rapporto controverso o dalle ipotesi di coesistenza di più cittadinanze in capo allo stesso individuo.

Tra gli ambiti, relativamente ai quali è possibile apprezzare la problematica compatibilità del collegamento della cittadinanza con il principio di uguaglianza, come sancito dalle fonti interne, internazionali ed europee, ricorre ad es. la disciplina dei rapporti di famiglia, entro i quali l'applicazione del collegamento della cittadinanza – ove rilevi la cittadinanza di più soggetti – evidenzia la possibilità di discriminazioni significative. Tale è il caso del sistema italiano di diritto internazionale privato, entro il quale è mutato l'approccio al criterio della cittadinanza, utilizzato, già a far data dalle disp. prel. al c.c. del 1942, non più come espressione di un ideale di nazionalità ma con riferimento a un soggetto particolare all'interno di determinati rapporti, quale 'nazionalità di gruppo'<sup>31</sup> (rapporti fra coniugi, filiazione, adozione), con evidenti profili di criticità. In tale contesto, tuttavia, la violazione del principio di uguaglianza si evidenziava con particolare riguardo a cittadini italiani coinvolti in rapporti coniugali differenti, dal momento che il favore per la nazionalità del marito colpiva la posizione delle donne italiane, coniugate con cittadini stranieri, che dovevano sempre sottostare, nella regolamentazione

<sup>28</sup> Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in *GUUE* C115 del 9 maggio 2008.

<sup>29</sup> Come è stato riconosciuto da Corte giust., sent. 5 luglio 1997, cause C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c. Uecker e Jacquet*, ECLI:EU:C:1997:285, punto 16, con riguardo alla libertà di circolazione dei lavoratori.

<sup>30</sup> Corte giust., sent. 2 marzo 2010, causa C-135/08 *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104, punto. 39.

<sup>31</sup> A. MIGLIAZZA, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, Atti del Convegno del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano 1986, p. 360.

dei rapporti personali e patrimoniali, all'operatività della legge del marito<sup>32</sup>, mentre i cittadini italiani coniugati con straniere vedevano applicare comunque la propria legge nazionale alle fattispecie in esame.

Anche attualmente, il riferimento alla cittadinanza di un solo soggetto della relazione familiare può essere fonte di discriminazioni. Si pensi ad es. alla disciplina dell'art. 36 della l. 218/95, nel caso in cui in uno stesso nucleo familiare vi siano due fratelli cittadini di Stati differenti analogamente ai loro genitori<sup>33</sup>. Le problematiche si accrescono nel caso in cui tra le cittadinanze diverse vi sia quella italiana; la prevalenza di quest'ultima, ex art. 19, 2° co., l. 218/95, potrebbe ad esempio comportare una discriminazione tra il coniuge italiano e quello straniero: se il figlio acquista, come spesso accade, la cittadinanza di ciascuno dei genitori e nella disciplina del rapporto con il genitore si attribuisce prevalenza alla cittadinanza italiana, anche quando tale soluzione non sia fondata su un collegamento effettivo con l'ordinamento così individuato (ad es. la prevalente localizzazione della vita familiare), il genitore cittadino straniero sarà discriminato nella propria aspettativa di veder applicata la legge che in ipotesi risulta più effettivamente collegata alla fattispecie, e che potrebbe corrispondere anche alla migliore tutela dell'interesse del minore.

L'operatività del collegamento della cittadinanza è stata inoltre oggetto di valutazione rispetto al principio di non discriminazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso in cui ad es. una norma di conflitto tedesca riconduca alcune conseguenze del divorzio alla legge nazionale del marito<sup>34</sup>. La Corte ha escluso di potersi pronunciare sulla questione, essendo

---

<sup>32</sup> Si veda Corte Cost., sent. 5 marzo 1987, n. 71, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2316 ss.; Corte Cost., sent. 25 novembre 1987, n. 477, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 220 ss., in cui si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, c. 1, disp. prel. c.c. «nella parte in cui, con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale ad essi comune sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre». La posizione della donna italiana era inoltre discriminata dalla disciplina italiana della cittadinanza, secondo la quale la donna italiana che sposava uno straniero perdeva la cittadinanza italiana quando acquistava quella del marito per matrimonio, mentre non altrettanto accadeva ai cittadini italiani; sul punto v. Corte Cost., 16 aprile 1975, n. 87, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 343 ss. Sul punto si veda in generale P. ZICCARDI, *Motivi della illegittimità costituzionale dell'art. 10, 1° e 3° co. della legge italiana sulla cittadinanza*, in *Studi in onore di M. Udina*, Milano, 1975, II, pp. 1313-1332.

<sup>33</sup> Per analoghi profili problematici nell'ambito di altri sistemi di conflitto nazionali, quale ad es. quello tedesco, si veda H. HATTENHAUER, *Rechtsgeschichte. Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgechtlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts*, Karlsruhe, 1971, p. 230.

<sup>34</sup> Corte giust., sent. 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, ECLI:EU:C:1999:293. Il caso specifico riguarda la disciplina di conflitto dell'art.

richiamata la nazionalità delle parti solo quale fattore di collegamento delle norme di diritto internazionale privato, e dunque in un ambito estraneo all'applicazione del Trattato<sup>35</sup>.

Più specificamente, all'atto dell'applicazione del regolamento sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione e al divorzio<sup>36</sup>, pare ipotizzabile un controllo delle norme di conflitto nazionali incompatibili con il divieto di discriminazione per effetto del richiamo del collegamento della cittadinanza in riferimento a un solo coniuge. Infatti, oltre alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia UE in merito alla sindacabilità delle norme di conflitto nazionali rispetto alla loro corrispondenza al divieto di discriminazione<sup>37</sup>, pare opportuno considerare la rilevanza, quale possibile

---

17, 3° co., EGBGB relativamente a un istituto previsto dalla riforma del diritto di famiglia tedesco, il *Versorgungsausgleich*, introdotto con l'*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, del 14 giugno 1976, in vigore dal 1° luglio 1977, che ha modificato i §§ 1587 – 1587p BGB, regolanti il conguaglio avente ad oggetto le prestazioni relative ad invalidità lavorativa, professionale o di vecchiaia, attuabile in caso di divorzio, a carico del coniuge che vanta aspettative o previsioni ad una prestazione soggetta ad *Ausgleich* di valore più elevato. Secondo quanto prevede il § 1587a, primo co., BGB, al coniuge creditore spetta, a titolo di *Ausgleich* (conguaglio), la metà della differenza di valore. Secondo la disciplina dell'art. 17, terzo co. EGBGB, si applica al *Versorgungsausgleich* la legge applicabile al divorzio, qualora però tale istituto sia previsto dal diritto nazionale di almeno uno dei coniugi; in caso contrario, il giudice tedesco potrà applicare il *Versorgungsausgleich* su richiesta di uno dei coniugi nella misura in cui si siano creati dei rapporti patrimoniali derivanti dal patrimonio in Germania. Sul punto, si veda A. BUCHER, *La famille en droit international privé cit.*, p. 136 ss.

<sup>35</sup> Corte giust., sent. 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jutta Johannes cit.*, punto 27. Su tale decisione, in senso critic si veda F. RIGAUX, "*Versorgungsausgleich*" and Art. 12 EC: *Discriminations based on the Nationality and German Private International Law*, in *IPRax*, 2000, pp. 287-288.

<sup>36</sup> Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. BARIATTI, C. RICCI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, *passim*; V. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 601-609; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; A. RÖTHEL, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 883-898.

<sup>37</sup> Si veda in tal senso la sentenza della Corte giust., sent. 30 aprile 1996, causa C-214/94, *Ingrid Boukhalfa*, ECLI:EU:C:1996:174, punto 19: nel caso, si tratta del confronto con il divieto di discriminazione della disciplina di conflitto tedesca in materia di servizio presso le rappresentanze diplomatiche all'estero, che distingue tra personale di cittadinanza tedesca e di altre nazionalità, applicando ai primi il diritto tedesco e i contratti collettivi in vigore in

parametro di controllo, della codificazione del collegamento della cittadinanza nell'ambito del già ricordato regolamento c.d. Roma III, o se riferito a entrambi i coniugi (art. 8), ovvero con riguardo a uno solo di essi, ma soltanto se oggetto della scelta consapevole da parte dei coniugi stessi (art. 5)<sup>38</sup>.

Altre problematiche riguardano il coordinamento di norme quali il già menzionato art. 19, 2° co., della l. 218/95<sup>39</sup>, e le prerogative della cittadinanza europea<sup>40</sup>. Queste ultime hanno infatti imposto, nella interpretazione che ne ha dato la Corte di Lussemburgo, una revisione nel funzionamento delle norme di diritto internazionale privato nazionali, ove rivolte a privilegiare la cittadinanza del foro rispetto a quella europea, con inevitabili possibili discriminazioni<sup>41</sup>. Tali indicazioni giurisprudenziali possono incidere sull'applicazione delle norme nazionali, che si pongano in contrasto con i principi appena considerati, ipotizzandosi ad es. un effetto limitativo dell'art. 19, 2°

---

Germania, e ai secondi il diritto in vigore nello Stato ospitante. La Corte riconosce l'esistenza del problema di compatibilità della norma di conflitto con il divieto di discriminazione, poiché l'applicazione del diritto algerino al caso di specie avviene in forza della norma di conflitto tedesca.

<sup>38</sup> S. BARIATTI, *Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers*, *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. XIII, pp. 1-19, spec. p. 14.

<sup>39</sup> Secondo l'art. 19, c. 2, l. 218/95: «Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale». Si v. in generale sul punto R. CLERICI, *Recenti orientamenti di alcuni Stati europei nei confronti della doppia cittadinanza*, in *Collisio legum, Studi di diritto internazionale privato per G. Broggin*, Milano, 1997, pp. 101-118.

<sup>40</sup> Sul punto, si veda in generale E. PÉREZ VERA, *Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers*, in *Recueil des Cours*, 1996 (261), pp. 243-425.

<sup>41</sup> Si veda ad es. Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga*, ECLI:EU:C:2003:539, punto 45, sulla quale si v. S. TONOLO, *La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 957-976. La rilevanza del nome, quale oggetto di un diritto fondamentale della persona è stata in seguito ribadita da Corte giust., sent. 9 ottobre 1997, causa C-291/96, *Grado, Bashir*, ECLI:EU:C:1997:479, punto 15. Nello stesso senso si veda poi Corte giust., sent. 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559, sulla quale si veda M. LEHMANN, *What's in a name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 135-164; C. HONORATI, *Free Circulation of Names for EU Citizens*, in *Dir. UE*, 2009, pp. 379-402; ID, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in G. VENTURINI S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, pp. 473-487; V. LIPP, *Namensrecht und Europarecht – Die Entscheidung Grunkin-Paul II und ihre Folgen für das deutsche Namensrecht*, in *Das Standesamt*, 2009, pp. 1-8.

co., della l. 218/95<sup>42</sup>. La Corte sembra infatti suggerire la disapplicazione della cittadinanza del foro, nel caso in cui fra le cittadinanze in concorso vi sia quella di uno Stato dell'Unione europea, qualora la soluzione opposta possa operare una restrizione dei diritti connessi alla cittadinanza europea, ad es. in tema di disciplina del diritto al nome<sup>43</sup>. Più in generale, al di là dei casi in cui la prevalenza della cittadinanza italiana prevista dall'art. 19, secondo comma, può essere evitata in materia di diritti della personalità tramite l'operatività di altri criteri di collegamento (ad es. quello del rapporto sulla cui base il nome è stato attribuito in caso di disciplina del diritto al nome), è possibile che anche entro il sistema italiano di conflitto si verifichino delle situazioni in cui la prevalenza della nazionalità del foro venga esclusa al fine di evitare la violazione del divieto di discriminazione<sup>44</sup>, con individuazione della disciplina della materia tramite il criterio della cittadinanza effettiva<sup>45</sup>.

#### 4. *Residenza, domicilio, sede e principio di uguaglianza.*

Nell'ambito della crisi che ha colpito il collegamento della cittadinanza, occorre considerare la maggiore rilevanza assunta da altri collegamenti: residenza delle persone fisiche, sede delle persone giuridiche, domicilio.

Tra le argomentazioni a supporto di tali criteri, ricorre innanzitutto la circostanza che essi assicurano un'adeguata integrazione sociale del soggetto

---

42 S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 671-706, a p. 704.

<sup>43</sup> Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga cit.*, punto 45; Corte giust., sent. 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin Paul cit.*

<sup>44</sup> Come nel caso deciso da Trib. Novara, 14 luglio 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 958, in cui si è applicata la legge rumena in un caso di concorrente cittadinanza italiana per la maggiore capacità identificativa della prima. Sulla necessità di conservazione del nome come attinente a un diritto fondamentale della persona di cui all'art. 8 della CEDU, si veda inoltre Corte EDU, sent. 5 dicembre 2013, ricorso n. 32265/10, *Kismoun v. France*, nell'ambito della quale è stato censurato come contrario all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'orientamento dello Stato francese che dinanzi a un cittadino franco-algerino, che aveva inizialmente utilizzato il cognome francese, per poi optare per quello algerino, nello Stato di successiva residenza, l'Algeria, consentiva solo di aggiungere il cognome algerino a quello francese.

<sup>45</sup> Come suggerito da Cass. 13 novembre 2015, n. 23291, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 1090, ove la preferenza per la cittadinanza effettiva è stata affermata con riguardo al caso concernente il mantenimento del nome coniugale da parte della moglie bipolide dopo il divorzio.

coinvolto nella relazione rispetto alla quale occorre individuare la legge applicabile; inoltre, tali criteri di collegamento appaiono determinare la legge applicabile in maniera imparziale e più coerente al principio di uguaglianza. A conferma di tale ultima affermazione, si può trarre un indizio significativo dalla circostanza che la residenza è criterio di applicazione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, notoriamente idoneo ad assicurare maggiore flessibilità alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>46</sup>. Inoltre, sempre in tale contesto, appaiono significative le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, chiamata a verificare la possibile discriminazione derivante dal collegamento del *domicile*, in ordine alla disciplina del divorzio di un cittadino irlandese domiciliato in Irlanda, e suscettibile, nell'opinione del ricorrente, di discriminare lo stesso rispetto ai soggetti non domiciliati in Irlanda, che potevano ottenere il divorzio all'estero e poi procedere al riconoscimento dell'atto, ha escluso tale possibilità per obiettive differenze esistenti con riguardo a tali situazioni<sup>47</sup>.

Il rispetto del principio di uguaglianza non è tuttavia pienamente assicurato all'atto della definizione del criterio di collegamento della residenza<sup>48</sup>. Poiché tale criterio è generalmente utilizzato in molti atti internazionali sia come criterio di giurisdizione, sia come criterio di collegamento, come ad es. in quelli aventi ad oggetto la tutela dei minori o degli incapaci<sup>49</sup>, ed è inoltre accolto dalla quasi totalità degli strumenti di cooperazione giudiziaria adottati dall'Unione europea, si è da tempo evidenziata la difficoltà di definirlo in maniera uniforme<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> M. HUNTER-HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme: combination ou confrontation?* In *Revue critique dr. int. privé*, 2006, pp. 743-775, a p. 764; L.R. KIESTRAS, *The impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Maastricht, 2014, *passim*.

<sup>47</sup> Corte EDU, 18 dicembre 1986, ricorso n. 9697/82, *Johnston c. Irlanda*, par. 60.

<sup>48</sup> In particolare, con riguardo al divieto di discriminazione sancito dal diritto dell'Unione europea, si veda H.P. MANSEL, *The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States with Comments of the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice*, in *Liber amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, pp. 291-309, a p. 298.

<sup>49</sup> Quale ad es. la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla tutela degli adulti incapaci. Si vedano in proposito le osservazioni di P. LAGARDE, *Rapport explicatif de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, in *Actes et documents de la Conférence de La Haye*, 2000, n. 49.

<sup>50</sup> Sulle difficoltà di definizione del criterio, si veda R. LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 261-281.

Una significativa conferma di tale questione si può ad esempio leggere nella giurisprudenza italiana concernente l'interpretazione della nozione di residenza del minore, relativamente alla quale si delineano due differenti nozioni. Da una parte, si evidenzia l'orientamento che fornisce la nozione di residenza 'affettiva', o meglio potrebbe dirsi 'autonoma' in quanto sostanzialmente elaborata sui caratteri della normativa alla quale deve essere applicata ed individuata nel luogo in cui il minore si trova e nel quale riconosce il centro dei propri legami affettivi<sup>51</sup>. Secondo un altro orientamento, più risalente nel tempo, si accetta, anche con riferimento a fattispecie relative a minori, l'interpretazione modellata sull'accezione comune di residenza, di cui all'art. 43 cod. civ., che stabilisce che la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale, secondo una c.d. 'residenza di fatto'<sup>52</sup>. Questa difformità tra differenti interpretazioni della nozione di residenza ricorre nell'ambito di alcuni ordinamenti<sup>53</sup> e pone problemi delicati quando si confrontino le prassi nazionali, anche se, ad evitare possibili interpretazioni contrastanti è di fondamentale supporto la giurisprudenza della Corte dell'Unione europea, secondo la quale, ad es. con riferimento all'art. 8 n. 1 del regolamento Bruxelles II *bis*, i giudici nazionali devono operare una valutazione globale della situazione della persona della quale occorre accertare la residenza abituale al fine di verificare la sua effettiva integrazione in un determinato ambiente sociale e familiare<sup>54</sup>.

Quanto al profilo del tempo, a seconda del momento in cui si considera una situazione, l'operatività della residenza può condurre ad una sorta di discriminazione temporale degli effetti della fattispecie. Si pensi ad es. al caso in cui in base al regolamento 650/2012 in materia di successioni si faccia riferimento all'ultima residenza del *de cuius*<sup>55</sup>. Tale riferimento comporta che

<sup>51</sup> Si veda ad es. Cass. 16 febbraio 2008, n. 3798, in *Fam. dir.*, 2008, p. 885 ss. Si veda inoltre Cass. 15 marzo 2010, n. 6197; 11 gennaio 2006, n. 397; 2 febbraio 2005 n. 2093; 16 luglio 2004, n. 13167, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 147 ss.

<sup>52</sup> Si veda ad esempio Cass. s.u. 13 giugno 2008 n. 16112; 31 gennaio 2006 n. 2171, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 20 ss.; Cass. 23 gennaio 2003 n. 1058, in *Fam. Dir.*, 2003, p. 273 ss.

<sup>53</sup> Nell'ordinamento francese, si veda ad es. la sentenza della Cass. fr., 14 dicembre 2005, in *Droit de la famille*, 2006, p. 19.

<sup>54</sup> Corte giust., sent. 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>55</sup> Il 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, è pubblicato in *GUUE*, n L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 e ss. Su di esso si veda A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014; A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, *passim*; D. DAMASCELLI, *Due proposte di riforma del*

il *de cuius* non possa contare sulla validità sostanziale del suo testamento (in base alla legge dello Stato dove poteva avere avuto la residenza nel momento in cui ha disposto) qualora dovesse spostare la sua residenza in un momento successivo alla redazione dello stesso.

Ad incerti profili applicativi in merito al divieto di discriminazione posto dalle norme del diritto dell'Unione europea può dare origine il richiamo del collegamento della sede delle società nell'ambito dell'art. 25, primo comma, II frase, della l. 218/95, che, derogando la disciplina dell'art. 25, primo comma, I frase, fondata sul criterio di collegamento del luogo di costituzione dell'ente, prevede che si applica la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia o se in Italia si trova l'oggetto principale degli enti cui si riferisce la disciplina in esame. Si pone il problema di vedere se tale norma sia ancora applicabile alla luce della riforma del diritto societario che ha introdotto nel codice civile la norma dell'art. 2507 c.c., secondo cui «l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee»<sup>56</sup>. Ritenendosi che tale norma abbia effetti anche sulle norme di conflitto in materia societaria, potrebbe porsi il problema della compatibilità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>57</sup> con la disposizione dell'art. 25, c. 2, l. 218/95: il principio della libera scelta della *lex societatis* affermato dalla Corte quale prerogativa degli imprenditori attivi sul mercato comune pare suggerire la disapplicazione della norma italiana in esame in relazione alle società costituite negli Stati membri<sup>58</sup>; l'operatività del diritto italiano potrebbe essere ammessa solo ove giustificabile per esigenze imperative, quali ad es. la «tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o del fisco»<sup>59</sup>.

---

*sistema di conflitto italiano in materia di donazioni e successioni*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019, pp. 227-249.

<sup>56</sup> Tale riferimento è da intendersi all'ordinamento dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in *GUUE*, C115 del 9 maggio 2008.

<sup>57</sup> Corte giust., sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126; Corte giust., sent. 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632; Corte giust., sent. 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512; Corte giust., sent. 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *SEVIC*, ECLI:EU:C:2005:762; Corte giust., sent. 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723; Corte giust., sent. 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud-Wykonawstwo sp.z.o.o.*, ECLI:EU:C:2017:804.

<sup>58</sup> S.M. CARBONE, *La riforma societaria fra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 89-100, a p. 93.

<sup>59</sup> Corte giust., sent. 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering cit.*, punto 92.

## 5. *Electio iuris e principio di uguaglianza.*

Il collegamento della scelta di legge appare in astratto perfettamente coerente al principio di uguaglianza, in quanto operante in base a una volontaria e paritaria adesione degli individui coinvolti nel rapporto da disciplinare.

Non sempre la codificazione dello stesso entro le fonti del diritto internazionale privato può tuttavia dirsi priva di criticità in merito a tale aspetto.

Si pensi ad es. al fatto che il regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali<sup>60</sup> consente la scelta della legge applicabile anche anteriormente al fatto che ha causato il danno, nell'ipotesi in cui tutte le parti esercitino un'attività commerciale (art. 14, lett. b): non ritenendosi di essere in presenza di una parte debole, si consente un più ampio impiego dell'*optio legis*, in vista dell'obiettivo di realizzare l'uniformità di disciplina in caso di connessione dell'obbligazione non contrattuale con un'obbligazione contrattuale<sup>61</sup>. Non è detto che in questo modo si realizzi una completa parità di trattamento delle aspettative delle parti.

In generale, il Regolamento Roma II prevede l'operatività della legge del luogo in cui si è verificato il danno (art. 4), indipendentemente da quello in cui si sia verificato il fatto generatore del medesimo (art. 4, par. 1), evitando così, oltre ai problemi conseguenti al *forum shopping*<sup>62</sup>, le discriminazioni indirettamente derivanti dalla scelta tra luogo dell'evento e luogo dell'azione. Il par. 2 dell'art. 4 specifica che si applica la legge del luogo di residenza solo se danneggiante e danneggiato sono abitualmente residenti nel medesimo Stato, richiamando quindi la residenza in modo da evitare qualsiasi possibile discriminazione determinata dal riferimento della stessa a una delle parti del rapporto. Pertanto, anche se il regolamento enuncia tra i suoi obiettivi, al considerando 16, il «ragionevole equilibrio tra gli interessi del presunto responsabile e quelli della parte lesa», non pare che esso riesca a riequilibrare le posizioni già intrinsecamente differenziate delle parti in occasione della commissione di un illecito, se non in circostanze in cui, eccezionalmente, si afferma la tutela dell'interesse della vittima, come dimostra la limitata rilevanza della scelta della legge applicabile a favore della parte lesa.

La tutela della parte debole si può più opportunamente realizzare tramite

---

<sup>60</sup> Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

<sup>61</sup> P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, 2005, p. 433.

<sup>62</sup> P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato cit.*, p. 416 ss.

altri metodi, che si definiscono o tramite la ricerca della legge che risulti in ogni caso più conveniente, o perché individuata tramite un criterio di collegamento prevedibile, quale ad es. il domicilio o la residenza, o entro certi limiti la scelta di legge, o perché rivolta al richiamo della legge in concreto più favorevole. La discriminazione positiva che si viene a creare seguendo tali opzioni appare funzionale al riequilibrio delle posizioni dei contraenti, anche se è possibile ravvisare un ulteriore fattore di discriminazione tra la parte debole che conclude un contratto internazionale e quella che stipula lo stesso contratto senza profili di estraneità. Solo nella prima ipotesi, infatti, il contraente debole sarebbe tutelato dal gioco del conflitto di leggi e dall'applicazione di una legge anche straniera, in quanto maggiormente favorevole rispetto a quella del domicilio o della residenza, mentre nella seconda lo stesso contraente rischierebbe di veder applicata la legge dell'unico ordinamento con il quale la fattispecie è connessa.

Pare pertanto che la delimitazione della discriminazione positiva per effetto delle finalità del principio di uguaglianza dovrebbe indurre a ritenere preferibile la tutela realizzata dall'applicazione di un criterio di collegamento vicino alla parte debole, quale uno di quelli previsti dal Regolamento Roma I<sup>63</sup>, per i consumatori e gli assicurati (residenza abituale) e per il lavoratore (luogo di svolgimento dell'attività), oltre alla generale operatività del criterio del collegamento più stretto<sup>64</sup>, in assenza di *electio iuris*.

---

<sup>63</sup> Regolamento (CE), n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), *GUCE* L 177, 4 luglio 2008. In generale su tale atto si veda: O. LANDO, P. A. NIELSEN, *The Rome I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1715; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 101; T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 40 e ss.; ID, *Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto*, in *Cuadernos de derecho trasnacional*, 2009, p. 5 ss.; F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, pp. 521-955; N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, Giappichelli, 2009; A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, *passim*.

<sup>64</sup> Tale previsione è stata introdotta a modifica della proposta della Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, COM (2005) 650 def., presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005, che prevedeva, in assenza di scelta, il collegamento della residenza abituale, determinando invece l'operatività di una soluzione non necessariamente protettiva della parte debole.

## 6. Operatività del principio di uguaglianza tramite il limite di ordine pubblico.

Nell'ambito dell'analisi concernente la rilevanza del principio di uguaglianza con riguardo alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie che presentano collegamenti con ordinamenti differenti, rileva poi la valutazione del principio di uguaglianza all'esito del funzionamento dei criteri di collegamento.

In tale contesto, viene in considerazione la possibilità di far valere tramite il limite dell'ordine pubblico la violazione del principio di uguaglianza.

L'ordine pubblico internazionale – come noto – si identifica in una nozione suscettibile di variare nello spazio e nel tempo, e ricostruibile tramite principi fondamentali, codificati a livello di diritto interno ma anche in ambito sovranazionale, rispetto ai quali lo Stato si sia vincolato<sup>65</sup>. Nel diritto internazionale privato italiano, tale limite è sancito dall'art. 16 della l. 218/95, che stabilisce la non applicabilità della legge straniera i cui effetti siano contrari all'ordine pubblico. Non vi è dubbio che il principio di uguaglianza rientri tra i principi fondamentali di molti sistemi giuridici, e risulti pertanto rilevante ai fini dell'operatività del limite dell'ordine pubblico internazionale<sup>66</sup>, anche se in alcuni di essi tale aspetto è più chiaramente evidenziato, come ad es. nel sistema di conflitto tedesco, entro il quale l'art. 6 EGBGB precisa che le norme straniere non sono applicabili qualora si pongano in contrasto con i diritti fondamentali<sup>67</sup>.

Si riconosce generalmente che l'ordine pubblico assicura il rispetto di valori inderogabili; l'affermazione del principio di uguaglianza non si traduce tuttavia in uno squilibrio della parità dei sistemi giuridici in conflitto, dal momento che interviene solo nelle ipotesi in cui occorra assicurare l'applicazione omogenea della disciplina di conflitto del foro, non operando invece nei casi in cui il richiamo della legge straniera consenta di conseguire

---

<sup>65</sup> Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1305 ss. Sul punto, si veda G. ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017*, in *Diritto del commercio internazionale*, pp. 722-749; P. FRANZINA, *The Purpose and Operation of the Public Policy Defence as Applied to Punitive Damages*, in S. BARIATTI, M. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, pp. 43-74.

<sup>66</sup> T. BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova p. 108 ss.; P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1997, pp.1-31, a p. 9.

<sup>67</sup> A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1993 (239), pp. 9-116, a p. 52; P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public cit.*, p. 1 ss.

un risultato sostanzialmente equivalente a quello derivante dall'operatività della *lex fori*, come ad es. nel quadro del diritto internazionale privato della famiglia<sup>68</sup>.

È innegabile che, in molte ipotesi, l'applicazione della legge straniera, analogamente alla riconoscibilità delle sentenze straniere, è stata negata ove in contrasto con il principio di uguaglianza, come nel caso del ripudio previsto dagli ordinamenti islamici, con riguardo all'operatività del principio di uguaglianza rispetto alla posizione dei coniugi, e alla parità dei diritti ad essi attribuiti entro la relazione matrimoniale, secondo un orientamento comune in molti Paesi europei<sup>69</sup>.

La corrispondenza dell'ordine pubblico a principi fondamentali internazionalmente sanciti si può inoltre leggere nelle applicazioni giurisprudenziali dell'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>70</sup>, che, nella parte relativa all'uguaglianza dei coniugi, è stato ad es. richiamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla disciplina svizzera di liquidazione del regime matrimoniale<sup>71</sup>, o in ordine alla disciplina applicabile al divorzio<sup>72</sup> o relativamente alla parità della posizione dei figli

---

<sup>68</sup> A. BUCHER, *La famille en droit international privé cit.*, p. 71 ss. Si v. anche la giurisprudenza costituzionale tedesca che si è pronunciata a favore del richiamo del principio di uguaglianza quale limite dell'operatività del collegamento della cittadinanza nelle ipotesi in cui, a seguito di tale collegamento si determinino delle situazioni discriminatorie per i cittadini stranieri. BVerfG, 18 luglio 2006, in *BVerfGE*, 116, p. 266 e ss., con riguardo al caso dell'incostituzionalità della disposizione che limita l'accesso al giudice competente in ordine alla modifica degli atti dello stato civile solo ai cittadini tedeschi (o agli apolidi o ai rifugiati residenti in Germania), con la conseguenza di non consentire ai transessuali stranieri residenti in Germania la modifica degli atti dello stato civile loro riguardanti.

<sup>69</sup> Cass. fr., 17 febbraio 2004, in *Revue critique dr. int. privé*, 2004, 423; Cass. fr., 3 gennaio 2006, *ivi*, 2006, p. 627; Cass. fr., 4 novembre 2009, *Dalloz*, 2010, p. 543. Sul punto si veda H. FULCHIRON, "Ne répudiez point..." *pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004*, in *Rev. int. dr. comp.*, pp. 7-26; M.L. NIBOYET, *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 27.

<sup>70</sup> Protocollo del 22 novembre 1984, n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, STE n. 117.

<sup>71</sup> Tale problema è stato affrontato nella giurisprudenza francese dalla sentenza della Cass. fr., 24 febbraio 1998, in *Clunet*, 1998, p. 730 ss.

<sup>72</sup> Si veda, a tale riguardo, l'orientamento formatosi in seguito alla nota giurisprudenza francese nel caso *Rivière*, Cass. fr., 17 aprile 1953, in *Revue critique dr. int. privé*, 1953, p. 412; Cass. fr., 15 maggio 1961, *ivi*, 1961, p. 547. Su tale evoluzione, che ha poi determinato l'adozione, entro l'ordinamento francese, della norma unilaterale dell'art. 310 *Code civil*, che dispone l'applicabilità della legge francese al divorzio delle coppie francesi o domiciliate in Francia, anche se in possesso di cittadinanza straniera comune, si veda A. BUCHER, *La famille en droit international privé cit.*, p. 42 ss.

rispetto all'operatività di ordinamenti che vietassero il riconoscimento della filiazione adulterina<sup>73</sup>.

Più in generale, la parità tra coniugi è stata ribadita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in base all'applicazione degli artt. 8 e 14 CEDU, riservando così all'art. 5 del Protocollo 7 un ruolo residuale, con riguardo a tematiche che hanno indirettamente influito sul diritto internazionale privato, quale ad es. le previsioni nazionali che impediscano di scegliere il cognome della moglie come cognome familiare, precludendo al marito<sup>74</sup> o ai figli<sup>75</sup> l'assunzione del cognome della madre, o che vietino alla donna di mantenere il cognome da nubile dopo il matrimonio pur in presenza della concorde volontà dei coniugi<sup>76</sup>. La Corte ha suggerito che l'obiettivo di salvaguardare l'unità familiare possa essere perseguito tramite la facoltà accordata ai coniugi di scegliere il cognome<sup>77</sup>, con evidenti influssi anche sulle discipline nazionali di diritto internazionale privato.

### *7. Possibili discriminazioni derivanti dall'operatività dell'ordine pubblico; controlimiti.*

Problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza possono sorgere anche laddove il gioco dei limiti all'applicazione della legge straniera porti a differenziare gli effetti che derivano dall'operatività della *lex fori*, nel caso in cui il limite riceva diversa applicazione in base ai collegamenti della fattispecie con il foro. Infatti, l'operatività dell'ordine pubblico, restringendo l'applicabilità della legge straniera i cui effetti siano contrari ai principi

<sup>73</sup> Tale è il caso affrontato dal Trib. Bruxelles, 16 dicembre 1992, in *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 444 ss., con riguardo alla possibilità di omologare un atto di riconoscimento di paternità di una cittadina belga, figlia di padre marocchino, al quale si applicava la legge nazionale di quest'ultimo che vietava il riconoscimento della filiazione adulterina (come peraltro il Belgio fino a una riforma del 1987). Il Tribunale ha affermato tale possibilità in forza dell'ordine pubblico internazionale belga che contrastava l'operatività della legge marocchina alla luce del principio di uguaglianza delle filiazioni.

<sup>74</sup> Corte EDU, sent. 22 febbraio 1994, ricorso n. 16213/9, *Burghartz c. Svizzera*.

<sup>75</sup> Corte EDU, sent. 7 gennaio 2014, ricorso n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*.

<sup>76</sup> Corte EDU, sent. 16 novembre 2004, ricorso n. 29865/96, *Unal Tekeli c. Turchia*; Corte EDU, sent. 28 marzo 2013, ricorso n. 7971/07, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turchia*.

<sup>77</sup> Sul punto si v. Corte EDU, sent. 27 aprile 2000, ricorso n. 42973/98, *Bijleveld c. Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 27 settembre 2001, ricorso n. 36797/97, *G.M.B. e K.M. c. Svizzera*, o per la registrazione dei figli con un cognome composto, formato da elementi del cognome di entrambi i coniugi Corte EDU, sent. 6 maggio 2008, ricorso n. 33572/02, *Von Rehlingen c. Germania*.

fondamentali dallo stesso garantiti, può evidenziare dei profili problematici, non coerenti all'uguaglianza di trattamento delle situazioni da regolare.

Tale circostanza varia, tuttavia, a seconda della concezione di ordine pubblico accolta entro i diversi sistemi di conflitto, e soprattutto entro quelli in cui, come in quello italiano, rilevano gli effetti dell'applicazione della legge straniera, secondo quanto prevede ad es. l'art. 16 della l. 218/95. La conseguenza dell'accertato contrasto con l'ordine pubblico di tali effetti si individua nella completa disapplicazione della legge stessa, non essendo proponibili interpretazioni rivolte all'adattamento o alla depurazione<sup>78</sup> del diritto straniero, in base agli assunti propri del sistema italiano di diritto internazionale privato. In caso di accertato contrasto con l'ordine pubblico della legge applicabile ad una determinata fattispecie, si effettuerà dapprima il richiamo di un altro ordinamento che presenti una connessione significativa con la fattispecie contenente elementi di estraneità; in mancanza di altri collegamenti, si applicherà, a titolo residuale, la *lex fori*. È possibile che profili di contrasto con l'uguaglianza nel trattamento delle situazioni si pongano o, in maniera più evidente, nella scelta di richiamare la *lex fori*, o nell'ambito della ricerca di una disciplina alternativamente applicabile rispetto a quella contraria all'ordine pubblico, nel caso in cui valutazioni discrezionali dell'interprete conducano a risultati non sempre fondati su basi paritarie<sup>79</sup>.

Tali problematiche si evidenziano ad es., seppure con riguardo a casi in cui rileva l'efficacia di provvedimenti e atti stranieri, rispetto agli *status* filiali

---

<sup>78</sup> Tali interpretazioni vengono proposte dalla dottrina tedesca sulla base di considerazioni di carattere generale, che rendono preferibile la sostituzione del diritto straniero con altre norme appartenenti allo stesso sistema in forza di un adattamento. Si veda H. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois* cit., p. 142 ss.; H. DÖLLE, *Der ordre public im internationalen Privatrecht*, in *Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tubingen, 1950, pp. 408-409; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1960, p. 237.

<sup>79</sup> Si veda in tal senso Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss.: nel caso si tratta di un riconoscimento di una figlia naturale adulterina nata da padre egiziano e madre peruviana, contrastato dalla madre in ragione del contrasto con l'ordine pubblico della previsione della legge egiziana, applicabile secondo quanto prevede l'art. 35, 2° co., l. 218/95, che esclude la riconoscibilità dei figli adulterini. La Corte giunge all'applicazione della legge italiana, dopo aver escluso l'operatività di quella egiziana per contrasto con l'ordine pubblico. Alla medesima soluzione si sarebbe tuttavia giunti, qualificando il problema nell'ambito dell'art. 35, 1° co., e quindi valutando la riconoscibilità della figlia secondo la legge nazionale di quest'ultima, la legge peruviana, che avrebbe determinato, tramite la previsione in essa contenuta del collegamento del domicilio, il rinvio alla legge italiana. La considerazione del principio di uguaglianza nella scelta del criterio di collegamento avrebbe così escluso la necessità di attribuirvi rilevanza nel controllo operato all'atto dell'applicazione dello stesso ai fini della compatibilità con l'ordine pubblico.

conseguenti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, nell'ambito delle quali la posizione dei figli viene differenziata a seconda che abbiano come genitori coppie di donne o uomini. Con riguardo alle coppie di aspiranti genitori entrambi uomini, viene in rilievo il divieto di surroga di maternità previsto dall'ordinamento italiano<sup>80</sup> e rilevante per l'ordine pubblico, con la conseguenza che il diritto dei figli al riconoscimento del loro *status* si realizza tramite procedimenti diversi dal riconoscimento dei provvedimenti esteri di nascita, quale ad es. l'«adattamento» delle norme in materia di adozione.

Ne sta emergendo un quadro complesso, in cui l'ordine pubblico appare talvolta paradossalmente in contrasto con l'interesse del minore e con l'uguaglianza dei progetti genitoriali delle coppie dello stesso sesso, e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha contribuito a dimostrare l'inidoneità dell'ordine pubblico ad assicurare il rispetto del principio di uguaglianza in vista della tutela dei diritti fondamentali degli individui. Da un lato, la Corte costituzionale ha mantenuto fermo il proprio orientamento nel rigettare come infondate le questioni di costituzionalità che riguardavano la discriminazione delle coppie omosessuali che chiedevano accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA), come nel caso della sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221<sup>81</sup>. Rilevante in tal senso anche l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha affermato che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, in ragione del fatto che la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime<sup>82</sup>. Ciò, anche se, come ben noto, relativamente alla trascrizione degli atti esteri di nascita richiesti da coppie eterosessuali, la Corte di Strasburgo ha adottato un

---

<sup>80</sup> Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1225 ss., in cui si risolve in maniera non del tutto priva di qualche criticità la questione posta da due sentenze concernenti temi diversi (Cass., 30 settembre 2016 n. 19599 *cit.*, in tema di filiazione, e Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 *cit.*, p. 1049 ss., in tema di riconoscimento di sentenza di condanna a *punitive damages*),

<sup>81</sup> Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corriere Giuridico*, 2019, p. 1460.

<sup>82</sup> Corte EDU, sent. 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*. La Corte europea esclude la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevede che i conviventi – quali erano i ricorrenti del caso – abbiano diritti identici a quelli delle persone coniugate, consentendo l'adozione alla coppia sposata, ma non alla coppia unita in base ai *pacs*. Su di essa si veda P. JOHNSON, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v. France*, in *Modern Law Review*, 2012, pp. 1136-1149.

ben diverso atteggiamento, seppure sempre differenziando la posizione del genitore titolare di legame biologico con il nato rispetto a quella dell'altro genitore<sup>83</sup>, con la motivazione, peraltro ripresa nel parere del 10 aprile 2019, che il genitore c.d. 'intenzionale' possa porre in essere l'adozione del figlio del coniuge/compagno<sup>84</sup>. Dall'altro lato, però, il tema dei legittimati alla richiesta di formazione di un atto di nascita tramite tecniche di PMA è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale nella sentenza n. 237 del 2019<sup>85</sup>, per il fatto di non consentire la formazione in Italia di un atto di nascita in cui vengono riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 l. 218/95 (nel caso la l. danese). La Corte ritiene la questione inammissibile per un'erronea prospettazione del tribunale che – a parere della Corte – non considera le norme di applicazione necessaria (art. 33, co. 4, l. 218/95 e art. 36 *bis* l. 218/95).

Traendo spunto dalla vicenda che ha dato origine al caso oggetto di tale ultima sentenza, è forse possibile superare le criticità dell'ordine pubblico, ipotizzando una soluzione dettata dalle regole sul conflitto di leggi, che supera anche i profili di criticità dei progetti genitoriali delle coppie omosessuali, richiamando l'art. 33 l. 218/95, che prevede l'operatività della legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, e affermando la necessaria priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione<sup>86</sup>. In questo modo, lo *status* di filiazione risultante dalla legge straniera di uno dei genitori

---

<sup>83</sup> Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia*; Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, par. 100-101; Corte EDU, sent. 21 luglio 2016, ricorso n. 9063/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*; Corte EDU, sent. 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 *Laborie c. Francia*; Corte EDU, sent. 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, par. 195; Corte EDU, sent. 12 dicembre 2019, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, *C e E. c. Francia*; Corte EDU, 16 luglio 2020, ricorso n. 11288/18, *D. c. Francia*.

<sup>84</sup> Corte EDU, parere consultivo 10 aprile 2019, concernente il riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite il ricorso ad un'operazione di maternità surrogata e la madre d'intenzione, richiesta n. P16-2018-001, consultabile all'indirizzo: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-63804318364345"\],"documentcollectionid2":\["OPINIONS"\],"languageisocode":\["FRE"\],"display":\["0"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Il parere del 10 aprile 2019 è stato emanato in base al Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non ratificato dall'Italia (sino ad ora vi aderiscono: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, Slovenia, Ucraina).

<sup>85</sup> Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 325 ss.

<sup>86</sup> A. DI BIASE, *Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, pp. 839-869, p. 841.

che riconosca il legame di genitorialità a favore della coppia si estende anche al cittadino italiano legato al genitore biologico da rapporto coniugale<sup>87</sup>.

A difficoltà complesse può dar luogo la teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico proposta, come si è visto relativamente agli ostacoli al riconoscimento delle sentenze straniere, soprattutto dalla dottrina straniera<sup>88</sup>, sul presupposto che, poiché la situazione giuridica si è creata all'estero<sup>89</sup>, determinando l'acquisizione di determinati diritti, l'ordine pubblico previsto dalle norme del foro può applicarsi con minor rigore, e quindi non contrastare il riconoscimento delle conseguenze di alcuni istituti (ad es. il ripudio, le unioni civili).

Si è affermato che tale teoria, pur introducendo alcune variazioni nel modo generale d'operatività dell'ordine pubblico, presenta un criterio oggettivo di modulazione, fondato su criteri spazio-temporali, e pertanto non foriero di alcuna discriminazione<sup>90</sup>. E infatti l'Institut de droit international nella risoluzione «sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia», adottata nella sessione di Cracovia del 2005<sup>91</sup>, ha invitato gli Stati a fare ricorso all'eccezione di ordine pubblico solo nelle ipotesi in cui l'applicazione del diritto straniero pregiudicherebbe in concreto il principio di uguaglianza, individuando degli esempi in cui ricorre una particolare connessione con lo Stato del foro.

Le incertezze sono tuttavia evidenti alla luce delle deroghe proposte alla teoria stessa, quale ad es. il c.d. 'ordine pubblico di prossimità'<sup>92</sup>, secondo il quale il funzionamento del limite non potrebbe subire attenuazioni con riguardo ai soggetti che presentano collegamenti esclusivi con l'ordinamento del foro. Ad es. se per effetto dell'ordine pubblico non può applicarsi la

<sup>87</sup> Si eviterebbero così le complessità problematiche evidenziate da Corte cost., 27 gennaio 2021, n. 33 *cit.*, par. 5.6. *in diritto*. Si veda sul punto S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corriere Giuridico*, 2021, pp. 1034-1056.

<sup>88</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public cit.*, p. 73 ss.; A. BUCHER, *La famille en droit international privé cit.*, p. 131 ss.

<sup>89</sup> O, in maniera analoga con riguardo a situazioni createsi in un momento passato, o che si potrebbero determinare in futuro.

<sup>90</sup> P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2005 (318), pp. 19-331, a p. 153 ss.

<sup>91</sup> In *Riv. dir. int.*, 2005, p. 1189 ss. Sul punto C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 343-376.

<sup>92</sup> Sul quale, si veda in generale A. BUCHER, *La famille en droit international privé cit.*, p. 62 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, *Cours général*, in *Recueil des Cours*, 2005 (312), pp. 9-488, p. 424 ss.

legge straniera che non prevede il divorzio, vi sarà un pregiudizio della parità astratta di prevista regolazione, giustificato tuttavia da motivi di giustizia sostanziale, che favoriranno il soggetto coinvolto nella situazione, che potrà divorziare, pur non vedendo richiamato l'ordinamento cui è in qualche modo collegato (cittadinanza, residenza, localizzazione, vita matrimoniale). Se invece si dovesse moderare l'intensità dell'ordine pubblico, nel senso del principio di ordine pubblico di prossimità, che consente di ritenerlo applicabile solo se vi è una connessione significativa con il foro, si rischierebbe di derogare alla parità di discipline applicabili, senza le analoghe giustificazioni sostanziali, e dunque con dubbi sull'effettiva compatibilità di tale soluzione con il principio di uguaglianza, determinando discipline differenti per situazioni analoghe, in base alla minore connessione con il foro delle situazioni considerate<sup>93</sup>.

A risultati più certi, anche ai fini della realizzazione della parità di trattamento delle situazioni, potrebbe invece condurre la c.d. 'comunitarizzazione dell'ordine pubblico'<sup>94</sup>, ovvero il procedimento secondo il quale il concetto di ordine pubblico nazionale pare destinato a subire i condizionamenti e le limitazioni posti dalla legislazione comunitaria, come confermato dalla codificazione del limite entro gli atti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato<sup>95</sup>, ma al contempo il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro può essere invocato da quest'ultimo per derogare alle norme europee sulla libera circolazione, sempre che tale diritto sia riconosciuto anche entro l'ordinamento europeo, in quanto espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o desumibile dalla Convenzione europea dei diritti umani<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Tale è il caso dei ripudi islamici diversamente valutati da Cass. 7 agosto 2020, n. 16804, e Cass. 14 agosto 2020, n. 17170, consultabili in [https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2727/ripudio-16804\\_09\\_2020\\_oscurata\\_no-index.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2727/ripudio-16804_09_2020_oscurata_no-index.pdf). Ciò in ragione della differente cittadinanza dei richiedenti, in un caso in possesso anche della cittadinanza italiana.

<sup>94</sup> G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 76.

<sup>95</sup> Corte giust., sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*, ECLI:EU:C:1999:269, punto 36. Sul punto si veda F. BIAGIONI, *Art. 21, Ordine pubblico del foro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, in *Nuove leggi civ. comm.*, pp. 911-919.

<sup>96</sup> Corte giust., sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614, punto 33; Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Taricco*, ECLI:EU:C:2017:936.

### 8. Possibili discriminazioni derivanti dal funzionamento delle norme di applicazione necessaria.

Profili di contrasto con il principio di uguaglianza possono evidenziarsi anche relativamente all'operatività delle norme di applicazione necessaria<sup>97</sup>.

Poiché il metodo elaborato per individuare tali norme consiste nell'interpretazione rivolta a delimitarne l'efficacia, è chiaro il motivo per cui il funzionamento delle *lois d'application immédiate*<sup>98</sup> può porsi in contrasto con il principio di uguaglianza.

Infatti, è proprio nella definizione dell'ambito di applicazione di tali norme che può giungersi a un contrasto con il principio di uguaglianza o con il divieto di discriminazione, ad es. qualora si ipotizzi, come nelle direttive dell'Unione europea, una protezione dei consumatori o dei lavoratori solo se cittadini dell'Unione europea o residenti in tale ambito<sup>99</sup>, o applicabile in presenza di determinate condizioni, quali ad es. l'art. 3 dir. 96/71 sul distacco dei lavoratori<sup>100</sup>, che stabilisce un catalogo di norme della legge dello Stato di destinazione che devono essere applicate indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto.

La presenza di condizioni contrarie alla parità degli ordinamenti e l'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, che, come noto, è giunta ad affermare l'opportunità del controllo sul contenuto delle norme di applicazione necessaria nazionali<sup>101</sup>, venendo meno il principio secondo

---

<sup>97</sup> Su di esse, si veda A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998. Per la definizione più recente della categoria entro gli atti dell'Unione europea A. BONOMI, *Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, a cura di G. VENTURINI, S. BARIATTI, Milano, 2009, pp. 107-124; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law. A View from Europe*, The Hague, 2022, *passim*.

<sup>98</sup> La creazione di questa nuova figura concettuale, che chiarisce l'inquadramento sistematico e la funzione di tali norme, si deve a PH. FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1966, pp. 1-8; Id., *Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagon-lits"*, *ivi*, 1974, pp. 273-296.

<sup>99</sup> P. KINSCH., *Droits de l'homme, droits fondamentaux cit.*, p. 153 ss.

<sup>100</sup> Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in GUCE L 18 del 21 gennaio 1997, p. 1 ss.

<sup>101</sup> Corte giust., sent. 23 novembre 1999, cause C-369 e C-376/96, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; Corte giust., sent. 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162; Corte giust., sent. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione contro Lussemburgo*, ECLI:EU:C:2007:516.

il quale queste ultime si applicano a prescindere dal richiamo di una legge straniera e dalla disciplina concretamente stabilita, al fine di far prevalere una regolamentazione maggiormente favorevole al lavoratore, individua così quelle che garantiscono una miglior tutela del contraente debole, sacrificando tuttavia la scelta della legge applicabile su basi paritarie.

In maniera analoga, la previsione dell'art. 9, par. 3, del Regolamento Roma I, stabilisce che «può essere data efficacia alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi del contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme si deve tener conto della loro natura e della loro finalità, nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate o meno». In questo modo, essa delimita l'ambito di operatività delle norme di applicazione necessaria straniere, che riguarda solo le disposizioni appartenenti all'ordinamento dello Stato in cui il contratto deve essere eseguito, e nella misura in cui vietino l'adempimento del contratto. Si crea pertanto un'evidente alterazione della parità degli ordinamenti applicabili, come nel caso sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea e risolto in maniera dubitativa dalla stessa con riguardo alla applicabilità in Germania delle norme imperative greche adottate in occasione della crisi del 2010 e rivolte a ridurre il salario di un dipendente statale che doveva svolgere un lavoro in Germania<sup>102</sup>.

Anche entro gli ordinamenti stranieri si possono ravvisare casi di contrasto col principio di uguaglianza determinati dall'operatività delle norme di applicazione necessaria, come nel caso deciso in Francia dal *Conseil constitutionnel*<sup>103</sup>, che ha ritenuto contraria al principio di uguaglianza la disciplina posta dalla *loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*, rispetto al diritto di prelievo previsto dall'art. 2 della stessa a favore dei cittadini francesi, in caso di successione internazionale. Tale norma mirava a proteggere gli eredi francesi dagli effetti di una legge successoria straniera discriminatoria nei loro confronti, consentendo loro, in tal caso, di rivalersi sui beni successori siti in Francia. Pur essendo prevista con riguardo alle successioni internazionali, l'applicazione della stessa è stata estesa dalla giurisprudenza francese anche alle ipotesi in cui un cittadino francese può essere discriminato in Francia<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Corte giust., sent. 18 dicembre 2016, causa C- 135/15, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, punto 56 ss. e, su di essa, G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law cit.*, p. 156 ss.

<sup>103</sup> Décision n. 2011-159, *QPC*, 5 agosto 2011, consultabile all'indirizzo: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

<sup>104</sup> Cass. fr., 27 aprile 1868, *Sirey*, 1868, I, p. 257; Cass. fr., 10 maggio 1937, *Revue critique dr. int. privé*, 1937, p. 677; Cass. fr., 7 dicembre 2005, *Dalloz*, 2006, p. 1217.

Al di là del risultato concreto cui la decisione in esame consente di giungere, ovvero l'abrogazione del diritto di prelievo, appare interessante il richiamo dalla stessa operato al principio di uguaglianza. All'art. 2 della l. 1819 viene riconosciuta espressamente dal *Conseil constitutionnel* la duplice natura di rimedio volto a correggere l'applicazione di una legge straniera alla disciplina di una successione, da un lato, e, dall'altro, di regola materiale imperativa che deroga alla legge straniera. Il contrasto con il principio di uguaglianza viene ravvisato dal *Conseil constitutionnel* esclusivamente con riguardo al carattere di norma imperativa della disposizione in esame, che deroga alla disciplina straniera per privilegiare gli eredi francesi nell'ambito della più ampia disciplina delle successioni, entro la quale non è dato ravvisare distinzioni fondate sulla cittadinanza<sup>105</sup>.

### 9. Osservazioni conclusive.

L'analisi del principio di uguaglianza nelle questioni concernenti i conflitti di leggi, conferma l'influenza esercitata dal sistema internazionale di tutela dei diritti umani sull'operatività degli ordinamenti nazionali e sui sistemi di diritto internazionale privato.

Vari e complessi sono gli aspetti connessi a tale analisi.

Innanzitutto, è stata considerata la crisi determinata dal richiamo del principio di uguaglianza in ordine al funzionamento del collegamento della cittadinanza relativamente all'individuazione della legge applicabile. Come si è visto, tale crisi si evidenzia soprattutto nell'ambito del diritto internazionale privato della famiglia, ove l'applicazione della legge nazionale rischia di creare soluzioni disomogenee, che possono talvolta compromettere anche l'integrazione degli individui entro un determinato ambiente sociale<sup>106</sup>.

Differenti sono le soluzioni che si sono delineate a tale ultimo riguardo.

Sono inoltre stati considerati gli effetti dell'operatività dell'applicazione del principio di uguaglianza entro i limiti dell'ordine pubblico<sup>107</sup> e delle norme di applicazione necessaria<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Lo stesso art. 1 della l. 14 luglio 1819 riconosce, come si è detto, agli stranieri il diritto di acquistare beni ereditari in Francia in posizione di parità con i cittadini francesi. Sul punto v. S. TONOLO, *Principio di uguaglianza e operatività delle norme di conflitto in tema di successione*, in *Riv. dir. int.*, 2012, pp. 1056-1073.

<sup>106</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>107</sup> *Supra*, par. 7.

<sup>108</sup> *Supra*, par. 8.

A tale ultimo proposito, appare evidente che il principio di uguaglianza manifesta esigenze antinomiche nella soluzione dei problemi di diritto internazionale privato, per affrontare le quali sono spesso necessari dei compromessi, che, ove considerati tra i principi generali del diritto internazionale privato<sup>109</sup>, possono anche condurre alla diseguale applicazione degli ordinamenti in conflitto, o a ricorrere al gioco dei conflitti di leggi per avere la flessibilità necessaria alla realizzazione degli obiettivi di uguaglianza sostanziale.

Ciò in vista del più che condivisibile orientamento che dovrebbe guidare l'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, in ragione del fatto che *«ce droit, très technique [...] révèle des mouvements favorables au développement de la vie internationale, à condition toutefois qu'aux deux notions de liberté et d'égalité ne vienne pas faire défaut le troisième élément de la trilogie révolutionnaire»*<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité cit.*, p. 527.

<sup>110</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Toulouse, 1978, pp. 531-568, p. 568.