

# Relazione del Professor Fabio Toriello

## 1. Premessa

La questione di rilievo sia pratico sia teorico attinente al requisito della condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 prel. c.c. è quella della "tenuta giuridica" degli atti che – vista la sede in cui stiamo parlando – il Notaio si trovi a rogare (oppure il Giudice si trovi a verificare). In termini molto pratici, come vanno a "finire", dal punto di vista della validità ed efficacia giuridica, gli atti negoziali compiuti dallo straniero se per caso a posteriori emerge un difetto di condizione di reciprocità (che è un po' ciò che traspare dalla fattispecie decisa dalla Corte di Cassazione un anno fa)? Sono però opportune alcune precisazioni preliminari sul senso e sull'ambito di applicazione della norma.

Nella seconda parte della mia relazione vorrei svolgere alcune considerazioni a proposito degli effetti della sentenza della Corte di Cassazione dell'aprile 2018 <sup>1</sup>.

## 2. Le origini della norma

Si può tracciare una summa divisio tra gli ordinamenti che, come è noto, storicamente codificano il diritto civile e quelli che invece si fidano di più a far nascere il diritto, e farlo produrre *bottom-up* cioè o attraverso lo sviluppo delle regole consuetudinarie, o attraverso la stratificazione delle regole giurisprudenziali pronunciate in occasione del caso concreto, con valore di precedente vincolante, come avviene nel mondo di Common Law.

Nella parte del mondo che, per così dire, conta maggiormente sulla produzione del diritto da parte della giurisprudenza e/o delle consuetudini non si registrano norme generali che condizionino l'erogazione di diritti soggettivi agli stranieri; nell'esperienza di Common Law non si registrano norme come quella sulla condizione di reciprocità. Questo vale fatto salvi quei momenti storici particolari in cui determinate categorie di soggetti di nazionalità straniera abbiano costituito il bersaglio di politiche del diritto discriminatorie, per ragioni – appunto, politiche – diverse da Stato a Stato (pensiamo ai cittadini dell'Europa del Patto di Varsavia all'epoca della guerra fredda: vi è stato un periodo in cui l'esperienza statunitense ha generato tutta una serie di "Iron Curtain Laws" finalizzate a limitare la concessione di diritti, e quindi di possibilità operative a cittadini di Stati considerati "nemici" <sup>2</sup>).

Venendo invece all'esperienza europea continentale, osserviamo alcuni ordinamenti che conoscono la tecnica della condizione di reciprocità ma la usano centellinandola. Un primo accenno al diritto tedesco: nella "Bundesgesetz", innanzitutto, si distinguono quei diritti che spettano a tutti e che si chiamano "Menschenrechte" e quei diritti che spettano soltanto ai soggetti di nazionalità tedesca

---

<sup>1</sup> Cass. 18.4.2018, n. 24923, in Nuova giur. civ. comm, 2019, II, p. 261, con mia nota di commento *Nullità del contratto per difetto della condizione di reciprocità*. La sentenza ha ritenuto che nel caso in cui un soggetto di nazionalità elvetica intenda acquistare la proprietà di un immobile in Italia, l'art. 16 disp. prel. cod. civ. imponga che la sussistenza della condizione di reciprocità sia valutata alla luce della legge federale svizzera sull'acquisto di fondi ad opera di persone non residenti in Svizzera del 16 dicembre 1983, la quale stabilisce che l'acquisto non necessita di autorizzazione se il fondo serve come stabilimento permanente di un commercio, di un'industria o di un'altra impresa esercitata in forma commerciale, di un'azienda artigianale o di una libera professione. Perciò, esclusivamente in presenza di tali condizioni sussiste, ai sensi della normativa in questione, il diritto di una società italiana di acquistare un immobile in territorio svizzero, e, quindi è rispettata la reciprocità.

In tema di onere della prova, poi, la S. C. ha ritenuto che ove la prova della reciprocità non sia fornita in giudizio, deve essere accolta la domanda di nullità del contratto avente ad oggetto la vendita dell'immobile sito in Italia in favore della società svizzera (nella specie: non è stata fornita la prova dell'acquisto in Italia a fini imprenditoriali ed anzi sussistevano risultanze istruttorie in senso opposto); ed in base ai principi generali, l'onere di provare il mancato rispetto della condizione di reciprocità grava, in una fattispecie come quella in esame, su chi agisce in giudizio perché sia dichiarato nullo il contratto.

<sup>2</sup> Ci permettiamo il rinvio a TORIELLO, *La condizione dello straniero*, Padova, 1997, p. 267 (per l'esperienza inglese) e p. 294 (per l'esperienza statunitense).

("Deutschburgerrechte"); per esempio ciò accade agli articoli 8,9,10,11,12 BGB i quali attribuiscono solo ai cittadini il diritto di assemblea, associazione, libertà di circolazione, scelta ed esercizio della professione; nella BGB del '49 (prima della fondazione della CEE) solo i cittadini tedeschi godevano della libertà di circolazione. Ed invece sempre nella BGB altri diritti soggettivi erano concepiti fin dall'inizio come spettanti a tutti (libertà di opinione e di stampa, libertà matrimoniali, segreto postale, diritto di proprietà). Ricordato ciò, anche rispetto ai diritti universalmente concessi peraltro anche nell'esperienza tedesca era nota la tecnica della condizione di reciprocità, utilizzata però non in via generale ma in casi speciali (per esempio, al § 12 della legge del 14 luglio 1904 si riconosceva il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato per illegittima detenzione, ma qualora il detenuto fosse stato straniero tale diritto era subordinato alla condizione di reciprocità<sup>3</sup>).

Venendo invece al paese da cui il legislatore italiano del Codice ha tratto ispirazione per coniare l'art.16 prel., il Code Napoleon nella sua versione originaria conteneva una regola (l'art. 11) di discriminazione nei confronti degli stranieri (non francesi) in base alla quale lo straniero avrebbe potuto godere in Francia degli stessi diritti civili concessi ai cittadini francesi - ed il seguente aspetto va notato con interesse – "*par les traités de la nation à laquelle cet étranger apartiendra*".

Dunque l'esperienza francese è caratterizzata da un impiego della tecnica della condizione di reciprocità ispirata ad un significativo grado di fiducia nei confronti del diritto internazionale pattizio. Per fare un esempio pratico: in base ad una regola di questo genere se un cittadino turco in Francia chiede di poter usufruire di un diritto "civile", la "risposta" francese è positiva a patto che nel paese di nazionalità dello straniero i trattati internazionali in vigore (bilaterali o multilaterali) consentano ad un cittadino francese di godere dello stesso diritto. Non è dunque il diritto nazionale interno/territoriale del paese di provenienza dello straniero a poter limitare la concessione di diritti soggettivi al francese, ma semmai i trattati internazionali. La scelta francese ha un riflesso pratico di apertura nella concessione dei diritti soggettivi: è come se l'ordinamento ospite rifiutasse di far dipendere la propria scelta (di concessione o meno a favore dello straniero) dalla molteplicità, varietà di contenuti degli ordinamenti interni (del resto mutevoli nel tempo); a vantaggio delle scelte della comunità internazionale, che crea fonti di diritto sovranazionale ispirate a scelte condivise e meno variabili. Questa era la regola nel Code Napoleon; ma il clima liberale che si crea all'indomani della Rivoluzione francese porta ad erodere questa regola, comunque discriminatoria: la regola generale di discriminazione, di concessione allo straniero di diritti interni a condizione di reciprocità (cd. diplomatica<sup>4</sup>), aveva applicazioni speciali nel Codice soprattutto in materia successoria e in materia di titolarità e possibilità di accesso alla proprietà privata, agli artt. 726 e 212 del Code Civil, che però

---

<sup>3</sup> V. ancora TORIELLO, doc. cit., p. 247.

<sup>4</sup> Il termine reciprocità può indicare oggetti diversi in relazione all'uso diverso che il legislatore faccia della tecnica legislativa che l'espressione designa, tecnica che risiede sostanzialmente nel criterio di "comportarsi verso gli altri come essi si comportano con noi": VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino 1972, 449. Sotto il profilo della fonte del trattamento di diritto sostanziale riservato al proprio cittadino all'estero, e dunque sotto il profilo della fonte della reciprocità richiesta per la concessione dei diritti allo straniero, si può osservare che quando la legge richiede la reciprocità essa può intendere alternativamente: l'eguaglianza imposta (allo Stato straniero di nazionalità del soggetto straniero agente in Italia) da parte di convenzioni internazionali cui quello Stato sia parte, reciprocità diplomatica (ed in questo senso App. Trieste 27.7.1959, RDI 1962, 40); oppure l'eguaglianza (o coincidenza, o puntuale corrispondenza) del trattamento stabilito dalla legge interna straniera, reciprocità legislativa oppure, infine, a prescindere dalla situazione "di diritto" (di fonte legislativa o di fonte internazionale pattizia) che vige nello Stato straniero (di nazionalità del soggetto straniero agente in Italia), la legge italiana può richiedere la parità o eguaglianza di fatto, e quindi di fonte giurisprudenziale o amministrativa, a favore del cittadino italiano all'estero. Parte della dottrina distingue, da un lato, reciprocità formale, relativa alla vigenza delle norme, da quella materiale, relativa al contenuto delle norme; dall'altro, tra reciprocità astratta (che prescinde dai fattori extragiuridici che possono condizionarne l'esito pratico: fattori geografici, politici, economici ecc.) e quella reale: CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova 1995, 49. Nella nozione di reciprocità di fatto potrebbero rientrare i casi in cui un diritto può essere esercitato perché previsto dalla legge ma anche soltanto in quanto configurato da un accordo negoziale lecito: Cass. 29.1.1976 n. 279, FI 1976, I, 2264; Trib. Roma 8.5.1986, ASS 1987, I, 2, 37.

vengono abrogati nel 1819<sup>5</sup>. Quindi l'ordinamento francese, "inventore" della condizione di reciprocità, ma con la fiducia nei confronti delle fonti del diritto internazionale, ci ripensa di lì a poco e comincia a ridurre gli ambiti applicativi specifici della condizione di reciprocità, nei settori socio-economicamente più delicati del diritto patrimoniale.

Veniamo a noi: l'art. 16 prel. matura in un clima storico e politico che la platea italiana qui ben conosce; la disposizione dice che "*lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali*".

Nel 1942 entra dunque in vigore una norma discriminatoria ispirata al modello francese, quando però l'ordinamento modello/affiliante aveva però cominciato a fare marcia indietro nel senso dell'estensione dei diritti civili senza discriminazione di sorta il che si spiega storicamente alla luce del clima politico dell'epoca.

### 3. Breve disamina: "ammissione al godimento" e "diritti civili"

L'art. 16 prel. è scritto in modo incongruente dal punto di vista terminologico, perché usa parole incoerenti: innanzitutto si sancisce che "lo straniero è ammesso a godere" (come dire: ne è titolare ma non può goderne<sup>6</sup>). In diritto italiano noi conosciamo la distinzione tra capacità giuridica (astratta titolarità di diritti) e capacità d'agire. Ma in questo caso ci siamo ispirati solo in parte all'esperienza francese, dove è conosciuta apparentemente la stessa distinzione dal punto di vista terminologico ma è concepita diversamente: la "*capacité de jouissance*" consiste nella "*aptitude à être titulaire de droits*", mentre la "*capacité d'exercice*" invece è l'attitudine all'esercizio dei diritti<sup>7</sup>.

Ora, il sintagma "lo straniero è ammesso a godere" farebbe pensare che sia in gioco un tema di godimento, cioè di esercizio dei diritti. La disposizione prosegue dicendo che "lo straniero è ammesso a godere *dei diritti civili attribuiti all'italiano*".

Storicamente la categoria del "godimento" appare dunque ereditata da quella francese della *jouissance*, la quale peraltro racchiude in un'accezione dinamica ciò che da noi si denota con "capacità giuridica" e non invece quanto attiene alla capacità d'agire/capacité d'exercer<sup>8</sup>. Il precedente storico italiano, l'art. 3 del Codice del 1865, si contrapponeva comunque all'art. 11 c.c.: il legislatore italiano aveva recepito le idee di Pasquale Stanislao Mancini equiparando stranieri a cittadini, ed offrendo così un invito agli altri Stati a seguire un modello di apertura nella concessione dei diritti soggettivi<sup>9</sup>. I redattori del codice avevano d'altra parte potuto contare su una ricca tradizione legislativa diffusa negli Stati preunitari proprio nella materia del trattamento dello straniero<sup>10</sup>, rispetto alla quale la scelta operata redigendo l'art. 3 era in rapporto di continuità. Il paradigma della condizione di reciprocità offerto dal codice civile era stato ampiamente seguito sulla "carta"<sup>11</sup>, ma l'atmosfera culturale lasciava presagire inversioni di tendenza, in linea con quanto già era avvenuto in Francia. Tuttavia, in seguito il nostro paese modificò l'impronta generale subendo l'influenza dei modelli stranieri, quando le stesse preoccupazioni socio-economiche connesse con l'aumento dei flussi migratori nel nostro paese si fecero impellenti nel periodo tra le due guerre mondiali. Così, mentre per l'art. 3 c.c. del 1865 ai fini del godimento dei diritti civili l'equiparazione fra cittadini e stranieri era completa e incondizionata, l'art. 16 disp. prel. deriva da un'elaborazione nel

<sup>5</sup> Cfr. TORIELLO, op. cit., pp. 102 e ss.

<sup>6</sup> In argomento v. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, Padova 1967, p. 40; TORIELLO, op. cit., p. 138.

<sup>7</sup> Cfr. GOUBEAUX, *Les personnes*, in GHESTIN, *Traité de droit civil*, Paris, 2013.

<sup>8</sup> Cfr. GERI-BUSNELLI-BRECCIA-NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino 1987, 111; BUSNELLI, *Capacità in genere*, in AA.VV., *Lezioni di diritto civile*, Camerino-Napoli, 1993, p. 91.

<sup>9</sup> Cfr. GIARDINA-QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, Bologna-Roma 1978, p. 4; cfr. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, II ed., Milano-Torino-Roma 1912, p. 95.

<sup>10</sup> Cfr. FIORE, *Delle disposizioni generali. Sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi, Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli-Torino 1915, p. 681.

<sup>11</sup> Cfr. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma 1993, pp. 99 ss.

senso di una maggior chiusura verso lo straniero, cui si è giunti attraverso varie proposte <sup>12</sup>. Le difficoltà esegetiche della disposizione cominciano, peraltro, molto presto: l'accezione di reciprocità adottata dal Guardasigilli coincideva con quella di non discriminazione nell'ottica del diritto straniero mentre i lavori preparatori riferiscono dell'intenzione di aderire all'innovazione proposta con la precisazione che (non solo l'equiparazione nell'ordinamento straniero non è sufficiente garanzia per il cittadino italiano ed impone invece l'ammissione al godimento degli stessi diritti "italiani", ma) è necessario stabilire anche che allo straniero siano concessi quegli stessi diritti "nella stessa misura" che all'italiano all'estero. Proprio tale precisazione viene qualificata come "condizione di reciprocità". Emerge allora in primo luogo che "reciprocità" equivaleva, per il Guardasigilli, a mera non-discriminazione, mentre corrisponde, per le Commissioni, a "godimento degli stessi diritti e nella stessa misura", ma pur sempre con riferimento a "diritti italiani".

Vi sono, comunque, due letture possibili dell'art. 16 disp. prel., con riguardo in particolare alla locuzione "diritti civili attribuiti al cittadino". La prima: che lo straniero sia ammesso a godere dei diritti civili precipui del cittadino, cioè dei diritti civili, per così dire, "di diritto italiano". In questo senso, l'ammissione condizionata che la norma opera a favore dello straniero presupporrebbe l'applicabilità del diritto italiano. Una norma così concepita avrebbe l'effetto di imporre la condizione di reciprocità (che costituisce garanzia di difesa a favore dei cittadini italiani all'estero) limitatamente al caso di applicabilità del diritto italiano. Invece, nel diverso caso di applicabilità di una legge straniera richiamata dal d.i.p., il cittadino e lo straniero sarebbero del tutto parificati.

La seconda possibile lettura dell'art. 16 disp. prel. è la seguente: lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili che sarebbero attribuibili a chiunque in virtù dell'operare delle norme di conflitto, solo a condizione di reciprocità. Così costruita, la norma presuppone che vi sia un problema di legge applicabile, presuppone conclusa l'operazione di diritto internazionale privato, ma anzi ad essa ed ai suoi esiti di merito sarebbe totalmente indifferente perché non richiederebbe affatto che fosse il diritto italiano a doversi applicare.

Proprio questo tema è peraltro tuttora controverso, per alcuni dovendosi intendere la condizione di reciprocità quale premessa logico giuridica rispetto alle norme di diritto internazionale privato, quindi destinata ad operare prima dell'intervento di esse, quindi al di fuori del relativo sistema <sup>13</sup> e ritenendo altri, al contrario, che la norma sulla condizione di reciprocità presupponga già risolto il problema internazionalprivatistico, e nel senso dell'applicabilità del diritto italiano <sup>14</sup>. Nel secondo senso, al quale si aderisce, si è in particolare osservato come "l'art. 16 non è norma che attribuisce (la capacità giuridica, ndr.); al contrario è un limite posto dal diritto sostanziale italiano alla sfera di applicazione soggettiva delle norme interne attributive di diritti, oppure, se si preferisce, al pieno esplicarsi della capacità giuridica spettante allo straniero secondo la sua legge nazionale nel nostro ordinamento giuridico" <sup>15</sup>; in altri termini, "in quanto disposizione di diritto sostanziale la sua applicabilità è legata a quella del nostro ordinamento", introducendo tale norma "un limite soltanto negativo (...) per poter azionare in Italia una situazione giuridica soggettiva allo straniero non basta provare che nel suo ordinamento nazionale gli italiani sono ammessi al godimento della stessa (...) egli deve anche, concretamente, ancorarla ad una legge, che provveda ad attribuirgliela (...) l'art. 16 disp. prel. in definitiva va considerata non come norma completa ma come disposizione che opera in collegamento con ogni altra interna" <sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. TORIELLO, *La condizione dello straniero*, cit., p. 147.

<sup>13</sup> Cfr. CORBETTA, *L'attuale rilevanza della condizione di reciprocità nel trattamento dello straniero*, DIC 2002, p. 63. ID.

<sup>14</sup> Cfr. COSCIA, *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, RDIPP 2001, 556; TORIELLO, op. cit. pp. 178 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. COSCIA, op. cit. p. 566.

<sup>16</sup> Cfr. COSCIA, op. cit. p. 567.

Per quanto riguarda l'espressione "diritti civili", l'espressione oggi rimanda alla cultura dell'emancipazione sociale e alla lotta per i diritti civili degli anni '60, le libertà civili, ma non sono queste le posizioni giuridiche di cui parlava il legislatore italiano del '42; e si trattava piuttosto dei diritti soggettivi appartenenti alla sfera del diritto privato, dunque in primo luogo (anche riguardando alla tradizione storica del paese-modello) quelli della sfera patrimoniale<sup>17</sup>.

Un esempio concreto, per venire al caso del 2018: quando quella signora di nazionalità svizzera - madre di tre figli, forse in odio a due dei tre - vende solo ad uno dei tre l'immobile in Italia, per un po' evidentemente questo figlio ha potuto "godere del diritto civile" sull'immobile in Italia, poi però - la fattispecie è ormai famosa per i Notai italiani presenti in sala - i fratelli impugnano l'atto davanti al Tribunale di Como nel 2006, e la causa prosegue in Corte d'Appello a Milano nel 2013 e davanti alla Corte di Cassazione nel 2018. Ebbene: qual è il "diritto civile" qui in discussione? E' evidente che si parla del "normale" diritto di proprietà e del diritto di acquisirlo per atto inter vivos.

Ma si potrebbe porre una questione ulteriore, proprio con riguardo al caso di specie: qui avevamo un soggetto che contestava all'altro (svizzero) il diritto civile che abbiamo individuato poco fa, con la tesi per cui l'acquisizione sarebbe stata viziata dal difetto di condizione di reciprocità rispetto all'ordinamento svizzero (tesi: "l'atto è nullo perché in Svizzera un italiano non avrebbe potuto ottenere quel diritto civile"). Ma noi sappiamo dalle relazioni precedenti, e ancora sentiremo a breve dalla fonte diretta delle Colleghe specialiste, che in base alla LAFE si può acquistare un immobile se l'acquisto è finalizzato ad un utilizzo commerciale. La questione che si sarebbe potuta porre è dunque questa: il "diritto civile" reclamato in questo caso era la possibilità di diventare proprietario tout-court? o era la possibilità di diventare proprietario "avendo una finalità di uso residenziale"? o, ancora, la possibilità di diventare proprietario con finalità commerciale? E - a monte - l'art. 16 prel. condiziona la concessione di diritti civili anche rispetto ai "motivi" (che ex art. 1345 c.c. sono irrilevanti se non illeciti e comuni alle parti) della loro acquisizione?

Vi è ancora un ulteriore profilo da toccare, che attiene al contenuto della prova: in questo caso le decisioni dei due gradi di merito e la Corte di Cassazione rispondono, sostanzialmente, che non vi è la reciprocità, ma non tanto perché nel diritto svizzero non si possa acquistare a fini residenziali in modo libero (affermazione che avrebbe senso, alla luce della LAFE); la Corte di Cassazione dice piuttosto che non è provato - agli atti di causa - che negli anni successivi all'acquisto vi fosse stato l'utilizzo a fini commerciali. Cioè i tre gradi di giudizio - compresa la Cassazione - sembra abbiano inferito da un fatto successivo alla conclusione del contratto (anzi: dalla mancata prova di un fatto; il fatto dell'uso commerciale), l'intenzione originaria di destinare l'immobile ad un uso non ammesso se non a condizione di reciprocità.

Ora, ammesso che l'interpretazione dell'art. 16 prel. sia nel senso che la norma condiziona la concessione di diritti civili a loro volta connotati da determinate intenzioni di destinazione (il che meriterebbe però un approfondimento che non è dato qui di compiere), sorge la curiosità se il soggetto elvetico avesse nel caso di specie tentato di superare il problema portando mezzi di prova dell'intenzione di acquisire la proprietà "per" un uso o un altro.

---

<sup>17</sup> Si è precisato che l'espressione "è da riferire per contrapposizione a quella dei diritti politici a tutti i diritti di carattere privato che concernono la famiglia ed il patrimonio nonché ai diritti che realizzano la tutela processuale. Ne deriva che nel nostro ordinamento la capacità di diritto privato dello straniero è diversa da quella del cittadino: essa, per la condizione di reciprocità, viene infatti ad avere gli stessi limiti che sono stabiliti per i cittadini italiani dall'ordinamento dello Stato al quale lo straniero appartiene": Trib. Genova 26.9.1989, RDIPP 1991, 125. Si è ribadito poi che "l'art. 16 si riferisce esclusivamente alla capacità di diritto privato, concernente la materia familiare testamentaria, contrattuale ecc., laddove i cosiddetti diritti politici rimangono in linea di massima riservati ai cittadini, indipendentemente da qualsiasi riferimento alla regolamentazione che assumono negli altri Stati", ma si è pure riconosciuto che a conclusioni diverse si deve pervenire in relazione all'art. 2 Cost. che "in tema di diritti inviolabili dell'uomo" esclude da tale ambito qualsiasi distinzione fondata sul criterio della reciprocità, stabilendosi peraltro che fra i diritti inviolabili dell'uomo non può essere ricompreso il diritto di accedere alle prestazioni del Fondo di garanzia: Cass. 10.2.1993 n. 1681, NGCC 1993, I, 644; in dottrina v. CALO', Il principio di reciprocità, Milano, 1994, pp. 151 ss.

Va anche ricordato che la maggior parte della giurisprudenza italiana sembra per così dire “accontentarsi” di una prova di reciprocità non “punto per punto” (che consisterebbe nella previsione nell’ordinamento straniero esattamente dello stesso istituto giuridico di quello che lo straniero vorrebbe invocare a proprio favore in Italia: una pretesa alquanto vana e poco legittima, insegnerebbe qualunque comparatista); la giurisprudenza italiana maggioritaria saggiamente non richiede questo tipo di reciprocità, ma richiede la cd. reciprocità per equivalente, cioè la non discriminazione<sup>18</sup>.

#### 4. Le applicazioni pratiche di Cass. 24923/2018

Con la già ricordata sentenza dell’Aprile 2018 la Corte di cassazione italiana ha ritenuto che un contratto concluso da un soggetto straniero (al quale si applichi soggettivamente l’art. 16 disp. prel. cod. civ.) può essere dichiarato nullo (nullità virtuale o per contrarietà a norma imperativa) su domanda di un terzo interessato ove sia dimostrato il difetto della condizione di reciprocità rispetto all’ordinamento di origine del contraente straniero convenuto.

Oltre all’acquisto di diritti reali<sup>19</sup> la condizione di reciprocità è stata applicata ai seguenti “droit civils”: al diritto al matrimonio<sup>20</sup>, ai diritti successori<sup>21</sup>, al diritto alla nomina di un amministratore di sostegno

---

<sup>18</sup> Ragioni convincenti sono in effetti state avanzate anche dalla dottrina a favore della tesi che riduce alla mera non discriminazione in danno dell’italiano la condizione in argomento; con riferimento alla pronuncia della Corte suprema che ha rifiutato la qualifica di diritto civile al diritto di accedere al Fondo di garanzia vittime della strada (Cass. 11.2.1993, n. n. 1681, in NGCC, 1993, I, 463), pur confermando quella qualifica al diritto al risarcimento in genere, “l’inevitabile arbitarietà nel dare preciso contenuto al concetto di istituto e nel selezionare i diritti ai fini della reciprocità (individuando quelli ritenuti di volta in volta maggiori ed altri declassandone a mere modalità di esercizio) indurrebbe ad abbandonare l’indirizzo interpretativo oggi ribadito ed a limitare la verifica della reciprocità al mero piano discriminatorio”: CAMPEIS-DE PAULI, *Diritto dello straniero al risarcimento del danno, istituti speciali e reciprocità*, NGCC, I, 1993, p. 650. È chiaro come le tendenze interpretative rivolte a ridurre le “richieste” nei confronti degli stranieri siano animate dalla preoccupazione di garantire il massimo livello di protezione giuridica agli stranieri.

<sup>19</sup> Dove l’art. 16 prel. è stato applicato prima della sentenza della S.C. del 2018 solo in un caso edito: nel caso deciso dal Tribunale di Roma (30.8.1989, in Giur. It, 1990, I, 2, 734) una coppia di cittadini iraniani aveva stipulato in Italia con cittadini italiani un preliminare di compravendita di immobile, ma il promissario venditore si era rilevato inadempiente rispetto all’obbligazione nascente dal preliminare, costringendo i promissari acquirenti ad assumere iniziative giudiziarie, risultate peraltro vane in quanto l’adito tribunale affermava che “è nullo, perché non sussiste la condizione di reciprocità prevista dall’art. 16 disp. prel., il contratto preliminare di acquisto di un immobile stipulato da cittadini iraniani”: Trib. Roma; TONDO, *acquisto immobiliare dello straniero e reciprocità*, in Foro it., 1983, I, p. 238. Ed infatti, secondo il tribunale, gli attori avrebbero dovuto dare prova dell’esistenza di una “norma dell’ordinamento straniero, nella specie dell’Iran, che consentisse ai cittadini Italiani di essere titolari del diritto della specie di quello dedotto in giudizio; avrebbero in conclusione dovuto gli attori dimostrare che lo Stato cui essi appartengono riconosca nel proprio ordinamento un diritto - nella specie diritto di proprietà di beni immobili, che gli attori chiedono di trasferire in capo ad essi - uguale a quello che essi intendono esercitare in Italia e che lo Stato medesimo, nel riconoscerlo, non pone alcuna discriminazione in danno del cittadino italiano. Tale onere è stato tutt’altro che evaso, ed anzi dalla documentazione prodotta dai convenuti si trae la prova della insussistenza della reciprocità di cui si è detto” [T Roma 30.8.1989, cit.]. È chiara in questo caso l’affermazione di una nozione “forte” di reciprocità, in quanto consistente nel parallelismo normativo tra il diritto italiano ed il diritto dello Stato di nazionalità dello straniero, da una parte, e nella parità di trattamento giuridico di fatto, cioè nella non discriminazione in danno del cittadino italiano. È altresì da notare la qualificazione della disposizione di cui all’art. 16 prel. come norma imperativa.

<sup>20</sup> L’omessa risposta dell’autorità competente dello stato d’appartenenza di uno dei nubendi (nella specie, albanese) alle reiterate richieste di quest’ultimo dirette ad ottenere il nulla osta al matrimonio ex art. 116 è stata ritenuta equivalente ad un immotivato rifiuto, contrario all’ordine pubblico interno italiano, che prevede “che lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino, tra i quali il diritto di godere di ampia garanzia giurisdizionale ed amministrativa nei confronti degli atti delle p.a., anche quando si estrinsechino nei comportamenti ingiustificatamente ed immotivatamente omissivi), nonché ai sommi principi costituzionali italiani ed al nostro ordine pubblico internazionale; va pertanto ordinato all’ufficiale di stato civile italiano di procedere alle pubblicazioni matrimoniali richieste dal cittadino straniero, allorché risulti che non esiste alcun impedimento alle nozze”: Trib Torino 24.2.1992.

<sup>21</sup> Si è posto un problema di reciprocità in un caso di rivendicazione del diritto di succedere mortis causa in un contratto di locazione: una cittadina messicana, sposata con un italiano poi defunto, pretendeva di succedere nel rapporto di locazione intestato al marito in base agli effetti del proprio matrimonio ai sensi degli artt. 115 e

<sup>22</sup>, ai diritti nascenti dal contratto di agenzia <sup>23</sup>, ai diritti nascenti da contratto di assicurazione ed in particolare al diritto di surrogazione dell'assicuratore <sup>24</sup>, ai diritti cartolari<sup>25</sup>, ai diritti nascenti da rapporti di lavoro subordinato <sup>26</sup>, al diritto al risarcimento dei danni <sup>27</sup>.

---

26 disp. prel.: Cass. 28.4.1990 n. 3599, RDIPP 1992, 750]. Si è in tale occasione peraltro precisato che la reciprocità si deve intendere realizzata qualora al cittadino italiano sia assicurato il “medesimo trattamento giuridico riservato ai propri cittadini” (da parte dello Stato straniero).

<sup>22</sup> Si è peraltro questa volta ritenuto che il cittadino straniero affetto da grave menomazione fisica e che sia titolare del regolare permesso di soggiorno abbia diritto alla nomina di un amministratore di sostegno in quanto legittimamente presente sul territorio nazionale e, pertanto, ammesso a godere di tutti i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, ritenendosi altresì che l'applicazione dell'istituto non possa subordinarsi alla condizione di reciprocità, dovendosi ritenere implicitamente abrogato l'art. 16 delle preleggi per la parte relativa ai diritti civili riconosciuti allo straniero legittimamente presente secondo l'art. 2 d.l.g. n. 286/1998: Trib. Reggio Emilia 7.1.2008.

<sup>23</sup> Una società italiana convenuta per il pagamento di una provvigione in relazione ad una prestazione agenziale svolta da una società iraniana, attrice in giudizio, eccpeiva il difetto di reciprocità con riguardo allo stesso diritto alla provvigione ed il Tribunale adito accoglieva l'eccezione affermando che l'art. 16 disp. prel. “influenza la possibilità concreta dello straniero di veder riconosciuti, una volta adite le vie giudiziarie, i suoi diritti civili, intesi come diritti appartenenti alla sfera privatistica del soggetto. Con tale norma il legislatore ha inteso negare tutela giuridica allo straniero nel caso in cui il cittadino italiano nella medesima ipotesi non troverebbe adeguata protezione nello Stato estero”, e poiché nel caso di specie l'attore straniero non aveva fornito la prova dell'esistenza in Iran di un istituto uguale o simile alla provvigione per l'agenzia o la mediazione, la domanda veniva rigettata: Trib. Tolmezzo 25.2.1991, NGCC 1992, I, 122.

<sup>24</sup> “Il diritto dell'assicuratore straniero di rivalersi in Italia contro il terzo responsabile del danno cagionato all'assicurato è subordinato alla condizione di reciprocità sia che detta rivalsa configuri una surrogazione legale ex art. 1916 sia che la stessa trovi fondamento in una surrogazione convenzionale”: Cass. 29.1.1976 n. 279, FI 1976, I, 1264; Trib. Pordenone 18.12.1975, ord., inedita; Trib. Pordenone 15.12.1978, RGCT 1980, 337; Trib. Tolmezzo 26.6.1980, inedita; App. Trieste 18.11.1981, GM 1983, 1, 375; MONATERI, *La surroga dell'assicuratore in diritto inglese a confronto con la soluzione prevalsa in Svezia*, RCP, 1984, p. 309. Allo stesso modo si è affermato: “a norma dell'art. 16 disp. prel. il diritto dell'assicuratore straniero di rivalersi in Italia contro il terzo responsabile del danno subito dal proprio assicurato e quindi anche contro l'assicuratore della responsabilità civile del terzo è subordinato alla condizione di reciprocità essendo poi del tutto irrilevante che nell'ordinamento straniero il diritto di rivalsa configuri una surrogazione legale ovvero trovi fondamento in una surrogazione convenzionale”: Trib. Roma 8.5.1986, A 1987, I, 2, 37. Ulteriori applicazioni giurisprudenziali da parte di Trib. Genova 26.9.1989, RDIPP 1991, 122; Trib. Milano 11.1.1979, FI 1981, I, 2041, App. Trieste 19.11.1991, RDIPP 1992, 974; Trib. Roma 23.9.1991, RGCT 1992, 321; Trib. Milano 11.1.1979, FI 1980, I, 2042, nt. FLORINO.

<sup>25</sup> Si è in argomento affermato: “poiché nell'ordinamento spagnolo il cittadino straniero può essere portatore in Spagna di una cambiale emessa in un altro Stato e adire la giustizia spagnola per porla in esecuzione, si deve ritenere soddisfatta la condizione di reciprocità”: Cass. 10.3.1993 n. 2894, RDIPP 1996, 684.

<sup>26</sup> Sul punto della condizione di reciprocità nel godimento dei diritti nascenti da rapporti di lavoro, tema non caratterizzato da ricchezza di decisioni, vanno registrate le due affermazioni per cui, da un lato, “rientrano nell'ambito dell'art. 16 disp. prel. anche i diritti patrimoniali derivanti da un rapporto di lavoro subordinato” (Trib. Bari 31.5.1984, RDIPP 1986, 114) mentre, dall'altro, “con riguardo alla prestazione lavorativa effettuata in Italia, il diritto del lavoratore straniero a norma dell'art. 36 Cost. alla retribuzione proporzionata al lavoro svolto ed adeguata ai bisogni personali e della sua famiglia, nonché il diritto al riposo ed alle ferie, non trova deroga con riguardo al disposto dell'art. 16 prel. (norma di carattere sostanziale, non inerente alla giurisdizione) che subordina la capacità giuridica dello straniero di acquistare diritti alla condizione di reciprocità” (Cass. 4.3.1988 n. 2265, FiM 1988; in dottrina cfr. MENGOZZI, *La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato*, RDIPP 1994, p. 488).

<sup>27</sup> Un problema di reciprocità si è posto con riferimento all'esercizio del diritto al risarcimento dei danni che gli artt. 2043 ss. attribuiscono a seguito della sofferenza di un danno ingiusto. Con riferimento ai c.d. “danni morali” è da registrare un contrasto giurisprudenziale, laddove si confronti l'affermazione per cui “è ammissibile la costituzione di parte civile del superite dell'austriaco vittima in Italia di un incidente stradale limitatamente ai soli danni patrimoniali, non sussistendo il requisito della reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. quanto a danni morali la cui risarcibilità è negata dall'ordinamento austriaco” (Trib. Udine 27.11.1984, DPA 1985, 329), con l'affermazione per cui “il cittadino austriaco danneggiato da un reato consumato in Italia ha diritto anche al risarcimento dei danni morali ai sensi degli artt. 2059 e 185 c.p. nonostante che l'ordinamento giuridico austriaco neghi la risarcibilità di tali danni, poiché il principio di reciprocità, di cui all'art. 16 disp. prel., non va inteso nel senso che lo stato estero contempli, nel proprio ordinamento, un diritto corrispondente a quello che il suo cittadino intende esercitare in Italia, bensì soltanto nel senso che quello Stato ammetta i cittadini italiani a godere dei medesimi diritti civili attribuiti ai propri cittadini; condizione, codesta, sussistente nel diritto austriaco per quanto attiene al risarcimento dei danni morali, poiché tale ordinamento, nell'escludere la risarcibilità di questi danni, non opera alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini italiani”: App. Trieste

## 5. Considerazioni conclusive

La norma sulla condizione di reciprocità è in controtendenza rispetto al mondo in cui viviamo e ai valori giuridici condivisi nei decenni successivi al secondo conflitto mondiale. L'art. 16 disp. prel. è una disposizione di carattere generale derogabile sia in melius sia in pejus. In particolare sarà derogabile, in quanto fonte di rango legislativo, da norme superiori di rango costituzionale. D'altra parte norme di rango superiore sono sicuramente anche quelle provenienti dal diritto internazionale generale in virtù dell'adeguamento automatico disposto nell'art. 10, c. 1, Cost., e quelle dei trattati<sup>28</sup> internazionali in tema di condizione dello straniero secondo quanto dispone l'art. 10, c. 2, Cost. E' infatti già il diritto italiano, ed a livello costituzionale, a prevedere che la condizione dello straniero debba essere regolata da trattati internazionali, ed ovviamente contro tale superiore previsione nulla può l'art. 16 ove si ponga in contrasto. Inoltre, e, ovviamente, anche se le norme costituzionali non lo dicono, l'art. 16 disp. prel. dovrà soccombere in ogni caso di incompatibilità con il diritto comunitario/unionale.

La Corte di Cassazione ha tracciato chiaramente il quadro ora sintetizzato affermando che "l'art. 16, c. 1, disp. prel., che ammette lo straniero al godimento dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano solo a condizione di reciprocità, non è derogato dagli artt. 2, 3, 10, 24 Cost. perché: 1) l'art. 2 si riferisce solo ai diritti inviolabili specificamente individuati e riconosciuti dai successivi artt. 13 (diritto di libertà personale), 14 (inviolabilità del domicilio), 15 (libertà e segretezza della corrispondenza), 19 (libertà religiosa), 21 (libertà di manifestazione del pensiero), 27 (personalità della responsabilità penale), 24 (tutela giurisdizionale), i quali sono, quindi, i soli diritti riconosciuti anche allo straniero senza il limite della condizione di reciprocità; 2) l'art. 3 non esclude i trattamenti differenziati che rispondono ad un criterio di ragionevolezza (quale è quello riservato agli stranieri dal citato art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale); 3) l'art. 10 impone solo l'adeguamento delle norme sulla condizione giuridica dello straniero alle norme ed ai trattati internazionali, implicitamente legittimando quelle limitazioni che non contrastano con altre norme costituzionali o con i principi e gli atti di diritto internazionale; 4) l'art. 24 si riferisce solo alla tutela giurisdizionale dei diritti già posseduti e riconosciuti"<sup>29</sup>.

---

19.2.1983, RGCT 1983, 804; in dottrina cfr. CAMPEIS-DE PAULI, *Risarcimento dei danni morali a congiunti di vittime straniere: conseguenze in Italia del mancato riconoscimento negli ordinamenti dei Paesi di origine*, RGCT 1984, p. 804; CALO', op. cit., p. 146].

Con riferimento all'azione nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada la Corte suprema ha affermato che "in caso di sinistro stradale causato da un veicolo o natante non identificato o non coperto da assicurazione, lo straniero che vuole esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada, previsto dall'art. 19, l. 24.12.1969 n. 990, deve solo dimostrare, ai sensi dell'art. 16 disp. prel., che lo Stato cui appartiene riconosce, senza limitazioni discriminatorie per il cittadino italiano, i diritti civili connessi al risarcimento del danno ed all'istituto dell'assicurazione, essendo del tutto irrilevante la carenza, nell'ordinamento straniero, di un istituto analogo a quello del Fondo di garanzia che, avendo funzione risarcitoria e non indennitaria, attiene non al diritto ma alle modalità attraverso le quali nello Stato italiano è assicurato il risarcimento del danno": Cass. 10.2.1993, n. 1681, in NGCC, 1993, I, 463. Così si è anche di recente ritenuto che in ipotesi di sinistro stradale causato da un veicolo non identificato o sprovvisto di assicurazione, lo straniero che intenda esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del Fondo di garanzia per le vittime della strada, previsto dall'art. 19, l. 24.12.1969 n. 990, deve dimostrare, ai sensi dell'art. 16 disp. prel. c.c., che lo stato cui egli appartiene riconosce, senza limitazioni discriminatorie per il cittadino italiano, i diritti civili connessi al risarcimento del danno e all'istituto dell'assicurazione. Inoltre, l'accertamento della legge straniera che assicura la condizione di reciprocità, configurandosi questa legge come un mero fatto, non è soggetto al principio iura novit curia bensì a quello relativo all'onere della prova, rappresentando peraltro la sussistenza della condizione di reciprocità elemento costitutivo della pretesa del danneggiato: Trib. Napoli 12.12.2005, RCP 2006, 938; contra Trib. Catania, 13.6.2005, F 2005, I, 2573.

<sup>28</sup> Cfr. PIRAINO, *Appunto sulla condizione giuridica degli "stranieri" nell'ordinamento italiano*, RTDP 1984, 989.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 10.2.1993, cit., NGCC 1993, I, 463. Per la tesi del numero chiuso dei diritti fondamentali BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, EGI, XI, Roma, 1989, p. 18.



Per quanto riguarda i trattati internazionali, specie se precisi nelle loro statuizioni, essi presentano anche un profilo di specialità rispetto all'art. 16<sup>30</sup>.

Anche sotto questo aspetto dunque l'art. 16 sarebbe destinato a soccombere ove presentasse momenti di incompatibilità rispetto a fonti internazionali<sup>31</sup>. Dunque, il sistema che emerge è il seguente: in tema di trattamento dello straniero la costituzione prevede in generale la preminenza delle fonti di diritto internazionale sull'art. 16, che è norma generale di diritto interno (ma di portata ridotta a seguito della disciplina dell'immigrazione), e sulle norme più specifiche; dal canto suo, il legislatore interno subordina, con l'art. 16, la concessione di diritti a determinate condizioni; ma tale scelta legislativa sarà legittima solo fino a quando non si porrà in contrasto con la fonte gerarchicamente preordinata, cioè il diritto internazionale; tale situazione non si verifica per quanto riguarda la libertà di scelta legislativa nella misura in cui esiste un principio generale di diritto internazionale che fa salva tale libertà.

Il diritto UE esclude l'applicazione di regole discriminatorie basate sulla nazionalità<sup>32</sup>, mentre la Costituzione italiana fa prevalere le norme del diritto internazionale generale proprio in tema di trattamento dello straniero: il risultato finale è che l'art. 16 prel. ha un ambito di applicazione ormai circoscritto, eppure fino a che la norma resta in vigore e qualcuno (l'attore che cerchi di impedire la stabilizzazione dell'acquisto di un diritto in capo ad uno straniero, oppure il convenuto – tipicamente italiano – che cerchi di paralizzare la domanda dello straniero che invochi un diritto soggettivo) possiamo aspettarci ulteriori applicazioni.

---

<sup>30</sup> In tal senso argomenta parte della giurisprudenza e la dottrina: CAMPIGLIO, op. cit., p. 316; l'Autrice osserva: "le clausole nazionali di reciprocità costituiscono, in un'ottica strettamente egoistica, nazionalistica, un meccanismo generale ed automatico ("organizzato") di auto-tutela, o di legittima difesa, di fronte a Stati che seguono principi diversi o ricostruiscono in modo diverso principi simili. Laddove un certo trattamento sia subordinato a reciprocità e questa sussista, la situazione è equiparabile a quella risultante dalla stipulazione di un accordo bilaterale". Per quanto attiene più specificamente ai trattati internazionali in materie specifiche, la giurisprudenza italiana ha ritenuto che quando la reciprocità diplomatica sia stabilita da un trattato multilaterale tra il nostro paese ed altri, la condizione richiesta dall'art. 16 prel. sussista: Trib. Milano 23.9.1954, MT 1955, 29; Trib. Roma 31.12.1986, GI 1988, I, 2, 833; Cass. 14.12.1973 n. 3400, RDIPP 1974, 588.

Per quanto riguarda invece i trattati bilaterali (consolari; di stabilimento; di commercio; di commercio e navigazione; di amicizia, commercio e navigazione) si è tentata una classificazione operativa di essi entro tre categorie: quelli attinenti al trattamento processuale, quelli relativi ai diritti civili ed infine quelli relativi ai diritti economici e commerciali (ed in tale ambito, ma senza esaurirlo, si collocano i problemi di riconoscimento della personalità giuridica delle società ed enti commerciali). Naturalmente gli Stati firmatari di tali trattati sono completamente liberi di affrontare uno qualsiasi dei tre oggetti sopra citati piuttosto che un altro, e di dettare piena e dettagliata disciplina oppure di fornire solo indicazioni programmatiche e generali. Nessun giudizio a priori può pertanto essere formulato circa la portata dei trattati consolari o di commercio o di amicizia intesi come "categoria", ed invece non si può prescindere dall'analisi di tali fonti caso per caso: GIULIANO, *Lo straniero nel diritto internazionale*, 1982, p. 331 ss.

<sup>31</sup> CALO', *Esiste ancora la condizione di reciprocità?*, in *Vita not.*, 1986, p. 652.

<sup>32</sup> E il carattere discriminatorio può portare ad escludere l'applicazione di regole privatistiche come nel caso deciso da Trib. Bologna, 7.3.2018, in *Foro it.*, 2018, I, 67, in cui si è inibita la condotta della compagnia assicuratrice che proponeva polizze in cui il premio era indirettamente influenzato dallo Stato di nascita dell'assicurato