

VOLUME LXXXIX

2006

FASC. 3

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

ISSN 0015-0138

RIVISTA  
DI  
DIRITTO INTERNAZIONALE



---

GIUFFRÈ • EDITORE

retti, i non pochi lavori a lui indirettamente ricollegabili perché ne aveva curato la redazione. Morelli soleva dire che quando uno scritto proveniva da Starace o dalla sua scuola, si poteva provvedere senz'altro ad inviarlo in tipografia.

La Direzione ricorda con commozione lo studioso valente e l'amico carissimo.

LA DIREZIONE

## IL RUOLO DEL GIUDICE NEL CONTROLLO DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME STRANIERE RICHIAMATE

SOMMARIO: 1. La tesi che esclude ogni possibilità di controllo: considerazioni critiche. — 2. La teoria tradizionale: giurisdizione diffusa e giurisdizione accentrata. — 3. L'eccessiva semplificazione della distinzione. La varietà dei modelli esistenti. — 4. Lo scopo della uniformità di trattamento dei rapporti e il principio della territorialità del diritto processuale. — 5. Il controllo della costituzionalità come passaggio ineliminabile nella ricostruzione della realtà normativa straniera. — 6. La teoria tradizionale di fronte alla varietà dei modelli di giurisdizione diffusa: difficoltà di adeguamento. — 7. La varietà dei sistemi a giurisdizione accentrata. Suoi riflessi sul ruolo del giudice interno. — 8. L'interpretazione di adeguamento ai valori costituzionali tutelati. — 9. L'incostituzionalità della norma straniera richiamata e l'ordine pubblico della *lex fori*. — 10. L'illegittimità internazionale delle norme straniere richiamate. — 11. Controllo di costituzionalità e rinvio. — 12. Controllo di costituzionalità e ordinamenti plurilegislativi. — 13. Il problema della costituzionalità delle norme straniere di conflitto.

1. In tema di controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate, una tesi radicale, di cui conviene occuparsi all'inizio, nega al giudice del foro qualsivoglia competenza in materia, indipendentemente dal modo in cui tale giudizio si svolge nell'ambito della *lex causae*<sup>(1)</sup>. L'argomento che si adduce è che una valutazione del genere ha carattere «politico», specialmente nei casi in cui il giudizio abbia per oggetto i conflitti della legislazione ordinaria con i principi costituzionali di contenuto sostanziale — quindi di alto valore ideologico — riguardanti i diritti fondamentali<sup>(2)</sup>. In ve-

<sup>(1)</sup> Si veda la bibliografia citata da DE NOVA, *Legge straniera e controllo di costituzionalità*, in *Foro padano*, 1955, ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 430, nota 9.

<sup>(2)</sup> È appena il caso di precisare che esula dal campo del presente studio tutto quanto attiene alla legittimità costituzionale *formale* delle leggi straniere, intesa come conformità delle stesse ai requisiti previsti dalla costituzione della *lex causae* in tema di formazione delle leggi (competenza degli organi legislativi ecc.), la cui assenza determina la nullità dell'atto normativo e il cui accertamento, pertanto, attenendo all'esistenza stessa della legge, non può sfuggire al giudice del foro, il quale è ovviamente obbligato a verificare, prima di tutto, se la legge invocata sia formalmente tale. Si

rità, l'argomento non ci pare pertinente. Si potrebbe osservare, in via preliminare, che, siccome ogni legge obbedisce ad una politica legislativa, il giudice del foro, in sede di applicazione della *lex causae* sarebbe comunque coinvolto in una valutazione *lato sensu* «politica», dovendo ovviamente interrogarsi sulla *ratio* della legge da applicare e sforzarsi di assecondarne i fini. E non si può evidentemente escludere che, nella sua attività giurisdizionale, interpreti in modo erroneo quelle finalità. Bisognerebbe allora ritenere che ciò rappresenti una indebita interferenza negli strumenti utilizzati dallo Stato straniero per perseguire i propri obiettivi.

Ma, a parte ciò, è il riferimento stesso al «controllo politico» che non persuade. Che cosa si vuole intendere con tale espressione? Quale sarebbe l'ostacolo che si frappone ad una attività del genere? Teoricamente due potrebbero essere gli argomenti. Il primo è quello della presunta interferenza negli affari interni dello Stato straniero, di cui il giudice del foro si renderebbe colpevole pretendendo di pronunciarsi sulla corrispondenza di una data norma ordinaria di quello Stato alla costituzione del medesimo. Ma nessuna norma internazionale impone agli Stati l'obbligo di astenersi da un'attività del genere. Le scelte di diritto internazionale privato sono del tutto libere (salvo ovviamente, l'esistenza di convenzioni internazionali in materia). Ciò è tanto vero che uno Stato, quand'anche un dato rapporto avesse una stretta connessione con un determinato sistema straniero, tale da farlo ritenere «appartenente» al medesimo, potrebbe ugualmente applicare allo stesso la propria legislazione, optando per una soluzione rigorosamente territorialistica. Non vi sarebbe nulla di illecito in tale comportamento. A maggior ragione quello Stato potrà, se deciderà di rinviare a un ordinamento straniero, «manipolarne» discrezionalmente le norme, vuoi alla luce di principi costituzionali della *lex fori*, vuoi richiamando principi più o meno correttamente attribuiti all'ordinamento straniero. E ciò vale sia per l'interpretazione ordinaria che per quella di legittimità costituzionale. Gli effetti di tale interpretazione sono il frutto di una libera scelta della *lex fori* e saranno ovviamente limitati al caso concreto. L'ordinamento straniero sarà altrettanto libero di disconoscere la disciplina così ottenuta, ritenendola irrilevante. Nessuno Stato ha il *copyright* delle proprie norme ed ha titolo per pretendere un'interpretazione piuttosto che un'altra.

veda, in tal senso, MORELLI, *Controllo della costituzionalità delle norme straniere*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milano, 1957, p. 178.

Il secondo argomento riguarda i supposti effetti «abrogativi» della pronuncia di incostituzionalità. Si ritiene cioè che un giudice estraneo al sistema non possa attribuirsi un ruolo «legislativo» come quello che quel sistema eventualmente riconosce ai propri tribunali — siano essi quelli ordinari o una corte appositamente prevista —, quando e se si occupano della costituzionalità delle norme. Ma un ruolo del genere non è nemmeno ipotizzabile, e non rientra in ogni caso nei compiti del giudice del foro. Per questo aspetto rinviemo a quanto fra poco si dirà sulla reale incidenza delle pronunce adottate in materia dal giudice interno.

2. Venendo ora alla corrente di pensiero che, più ragionevolmente, non esclude un ruolo del giudice interno nel controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate, l'orientamento dominante fa perno sulla distinzione fra sistemi a giurisdizione diffusa e sistemi a giurisdizione accentrata, intendendo per i primi quegli ordinamenti in cui la competenza a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle leggi spetta ai giudici ordinari, e per i secondi quelli in cui tale competenza è devoluta ad un organo centrale apposito, variamente denominato (Corte costituzionale, Consiglio costituzionale, Corte suprema di giustizia, ecc). Secondo questa tesi, il giudice del foro sarebbe abilitato ad occuparsi del problema solo nel caso in cui eguale potere competa ai giudici ordinari della *lex causae*. Nell'altra ipotesi (quando cioè il potere di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle leggi fosse attribuito dall'ordinamento straniero ad un organo superiore appositamente previsto), il giudice interno non potrebbe pronunciarsi sulla suddetta legittimità arrogandosi un potere che non è riconosciuto neppure ai giudici ordinari dell'ordinamento straniero, né potrebbe sollecitare il giudizio della corte costituzionale estera, giacché, per attivare tale procedimento, sarebbe necessario un collegamento processuale con tale organo che è bilateralmente da escludere, giacché né la *lex fori*, né la *lex causae* lo riconoscerebbe come possibile<sup>(3)</sup>.

<sup>(3)</sup> La tesi è apoditticamente esposta nella Relazione che accompagna il disegno di legge n. 1192 sulla riforma del diritto internazionale privato italiano, in sede di commento all'art. 15, ed è presentata come «evidente», quasi a voler esorcizzare ogni dubbio. I dubbi, invece, esistono, come si vedrà. Superflua d'altra parte appare l'affermazione secondo cui il giudice italiano, nel caso di sistemi caratterizzati dalla presenza di un organo accentrato di giustizia costituzionale, «dovrà limitarsi a tener conto delle eventuali decisioni da esso assunte». Infatti, ciò deriva semplicemente dall'obbligo di applicare le norme vigenti della *lex causae*, e quelle dichiarate incostituzionali non sono più tali essendo state «evidentemente» abrogate. Singolare è l'in-

Questa tesi non ci ha mai convinto. Molti anni or sono, in una breve nota, abbiamo avuto modo di esprimere le nostre perplessità in proposito. Ma il contesto in cui quelle osservazioni erano esposte non consentiva di sviluppare l'argomento<sup>(4)</sup>. Oggi, a distanza di oltre quarant'anni, visto che la tesi criticata viene ripetuta tale e quale in molti testi senza alcun ripensamento<sup>(5)</sup>, può essere utile tornare sul tema, tenendo anche conto delle novità introdotte dalla riforma del 1995.

3. Va in primo luogo precisato che la dicotomia di cui sopra non rispecchia tutti i modelli storicamente presenti in materia di controllo della costituzionalità delle leggi. Vi sono infatti alcuni Stati che non prevedono, a nessun livello, un ruolo del genere da parte degli organi giudiziari. Così è in Gran Bretagna, dove, in omaggio alla *supremacy* del Parlamento — emanazione della sovranità popolare —, non è consentito ai giudici di mettere in discussione le leggi da esso emanate<sup>(6)</sup>, e in Francia, Paese in cui, per tradizione storica e in ossequio al principio della separazione dei poteri, nessun tribunale può esercitare un controllo sugli atti legislativi. La Costituzione del 17 novembre 1958 prevede solo un controllo preventivo sulla costituzionalità, affidato al Conseil constitutionnel, che è un organo di natura politica, il quale può impedire, con decisione presa a maggioranza, la promulgazione di una data legge. Con riferimento dunque a questi due Stati, che non sono certo di secondaria importanza ai fini del diritto internazionale privato, il giudice del foro, non ha alcuna alternativa, dovendo semplicemente astenersi da qualsivoglia valutazione.

Ma la dottrina tradizionale, oltre a trascurare questo quadro molto più complesso, commette a nostro avviso l'errore di utilizzare la distinzione fra sistemi a giurisdizione diffusa e sistemi a giurisdizione

sistenza della dottrina su questa ovvia tesi, per i cui precedenti si rinvia a DE NOVA, *Legge straniera e controllo di costituzionalità*, cit., p. 428 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. BADIALLI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962, p. 149, nota 46.

<sup>(5)</sup> Si veda MOSCONI, *Norme straniere e controllo di costituzionalità e legittimità internazionale*, in *Dir. int.*, 1960, p. 426; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e contratti*<sup>2</sup>, Torino, 2004, p. 176 s.; BALABRINO, *Diritto internazionale privato*<sup>2</sup>, Padova, 1996, p. 280; IACCARINO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1997, p. 88 s.

<sup>(6)</sup> Cfr., anche con riferimento ad altri paesi di *common law*, GARTH, *Judicial Protection of Human Rights at the National Level. Report on Common Law Countries*, in *Judicial Protection of Human Rights at National and International Level. International Congress of Procedural Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, vol. I, Milano, 1991, p. 197 ss. Si veda anche, per la Nuova Zelanda, TAYLOR, *ibidem*, p. 785 ss., in particolare p. 792.

zione accentrata, come se si trattasse di due modelli immutabili, riscontrabili con caratteri costanti nei vari ordinamenti che alternativamente li adottano. La realtà invece è ben diversa e risulta chiaramente dagli studi di diritto comparato condotti sull'argomento, di cui non ci sembra che la dottrina internazionalprivatistica abbia tenuto un gran conto<sup>(7)</sup>. Vi sono infatti sistemi in cui la giurisdizione diffusa esercita un peso diverso a seconda del grado degli organi giudicanti, nel senso che i giudici di primo grado sono più cauti nel pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi da applicare e più vincolati, in base alla regola dello *stare decisis*, alle decisioni dei gradi superiori; mentre i tribunali d'appello e le corti supreme, essendo organi più autorevoli, da un lato sono in grado di condizionare attraverso quella regola i giudici di grado inferiore, e, dall'altro, godono di maggiore autonomia nel modificare il loro giudizio sulla costituzionalità di determinate leggi. Non bisogna infatti dimenticare che, in certi Stati, una data legge, pur essendo dichiarata radicalmente nulla *ex tunc* — *null and void* — in realtà non viene abrogata. Infatti, il risultato di una sentenza di incostituzionalità non è l'invalidazione di quella legge, ma la soluzione di una determinata controversia fra determinate parti<sup>(8)</sup>. I giudici non hanno un potere di abrogazione. La legge dichiarata incostituzionale resta « on the statute books »<sup>(9)</sup>, il che significa che, a rigore, potrebbe nel tempo addirittura riemergere attraverso una valutazione diversa da quella dell'organo che l'aveva condannata<sup>(10)</sup>. Il quadro può ulteriormente complicarsi in presenza di ordinamenti plurilegislativi, nei quali,

<sup>(7)</sup> Cfr., ad esempio: CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976; TROCKER, *Sindacato di costituzionalità. Il Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*; si veda anche: *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité, et développements récents* (a cura di Favoreu e Jolowicz), Paris, 1986.

<sup>(8)</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*<sup>3</sup>, New York, 2000, p. 214.

<sup>(9)</sup> La dottrina conferma che i giudici, negli Stati Uniti, non hanno alcun reale potere di abrogare una legge. Nonostante una decisione dichiarata una legge (statute) incostituzionale. Cfr. TRIBE, *ibidem*.

<sup>(10)</sup> TRIBE, in *American Constitutional Law*, cit., p. 247, cita l'opinione del giudice Brandeis nel caso *Burnet v. Coronado Oil Gas Co.*, secondo il quale, dato che nessun altro organo può correggere gli errori della Suprema Corte, la regola *stare decisis*, nelle questioni di interpretazione costituzionale, dovrebbe essere applicata con molto minor rigore rispetto ai casi di *common law*. E la Suprema Corte, recependo in una certa misura questo assunto, ha precisato che « sebbene lo *stare decisis* sia una pietra miliare nel nostro sistema giuridico », esso ha « minore peso nei casi costituzionali in cui, a parte gli emendamenti della Costituzione, questa Corte è il solo organo in grado di effettuare i necessari cambiamenti ». Per alcuni casi in cui la Suprema Corte ha completamente rovesciato le sue precedenti decisioni, si veda *ibidem*, p. 248, nota 180.

come vedremo, occorre valutare il diverso ruolo esercitato dagli organi giudicanti, a seconda che operino all'interno dei singoli Stati membri o a livello federale, nonché la rilevanza di due diversi profili di legittimità costituzionale, a seconda che si tratti di tutelare la costituzione federale o quella di uno Stato membro.

Vi sono poi paesi, come ad esempio il Portogallo, in cui il sistema a giurisdizione diffusa è combinato con quello a giurisdizione accentrata, nel senso che, mentre i singoli giudici sono legittimati a non applicare una legge ritenuta incostituzionale (art. 207 della costituzione), è al tempo stesso previsto che il pubblico ministero o le parti possano, una volta emanata la sentenza, e a certe condizioni<sup>(11)</sup>, sollevare la questione davanti al Tribunale costituzionale, il quale ha il potere, se ne sussistono gli estremi, di rinviare il caso al giudice *a quo*, invitandolo ad adeguarsi alla sua pronuncia (legge n. 28/82 del 15 novembre 1982)<sup>(12)</sup>. La dichiarazione di incostituzionalità ha forza obbligatoria generale, salvo quando si tratti di valutazioni *in concreto*, nel qual caso la Corte può conferire carattere generale obbligatorio alla propria interpretazione dopo tre decisioni adottate nello stesso senso e riguardanti le stesse norme<sup>(13)</sup>.

Di fronte a una tale varietà, il riferimento ai modelli adottati all'estero presenta scarsa utilità. In ogni caso, non ci si può limitare ad affermare che i giudici italiani hanno il potere di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una data norma straniera richiamata, semplicemente perché lo stesso potere compete in generale ai giudici della *lex causae*, ma bisogna chiedersi, una volta adottato questo parallelismo, se la situazione così variegata esistente nell'ambito di quell'ordinamento straniero non abbia ripercussioni sul ruolo che il giudice del foro è chiamato ad esercitare.

Quanto poi ai sistemi di giurisdizione accentrata, essi si diversificano nettamente a seconda che la promozione del giudizio di legittimità costituzionale di fronte all'organo a ciò preposto compete a qualsivoglia giudice (come accade nell'ordinamento italiano), o sia riservata ad organi di un determinato grado, come avviene nell'ordinamento austriaco, in cui l'iniziativa, in un primo momento spettante solo all'Obersten Gerichtshof (corte suprema per le cause civili

<sup>(11)</sup> Per le parti è richiesto il previo esaurimento dei ricorsi ordinari (legge n. 28/82 del 15 novembre 1982).

<sup>(12)</sup> Cfr. MARQUES GUEDES, *La justice constitutionnelle au Portugal* (Universität des Saarlandes, *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, Nr 94), Saarbrücken, 1987, p. 13 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. MARQUES GUEDES, *op. cit.*, p. 14.

e penali) o al Verwaltungsgerichtshof (corte suprema delle cause amministrative), è stata estesa, con la riforma del 1975, alle corti d'appello (art. 140); né mancano paesi in cui essa spetta a qualsivoglia persona fisica o giuridica mediante l'esercizio di un'*actio popularis*, come previsto, ad esempio, dall'art. 214 della costituzione colombiana e dall'art. 215 di quella venezuelana. Anche in questo caso, la diversità di situazioni potrebbe avere rilevanza ai fini della soluzione del problema che qui interessa.

La tesi dominante appare inoltre poco soddisfacente nel far dipendere il potere del giudice interno di occuparsi della costituzionalità delle norme da applicare, dal modo in cui tale giudizio è processualmente organizzato nell'ambito della *lex causae*. Infatti, nell'un caso gli si riconosce la possibilità di valutare l'incostituzionalità della legge straniera ed eventualmente di disapplicarla, nell'altro gli si nega ogni possibile iniziativa<sup>(14)</sup>; egli dovrà far tacere i suoi dubbi e applicare la norma anche se convinto che il suo collega straniero ne avrebbe promossa l'abrogazione rivolgendosi all'organo supremo a ciò addetto.

4. A nostro avviso, se si vuole tentare di riesaminare a fondo la questione, è necessario soffermarsi su un punto di partenza che, seppure dai più condiviso, viene spesso in pratica trascurato nella soluzione dei vari problemi che la materia solleva. Intendiamo riferirci allo scopo stesso che il legislatore persegue nel richiamare il diritto straniero. È convinzione diffusa che tale scopo consista nel garantire l'uniformità di regolamento dei rapporti che presentano elementi di estraneità, sottoponendoli alla disciplina dell'ordinamento con cui tali rapporti hanno una connessione particolarmente significativa: tale cioè da far ritenere che quell'ordinamento sia la « sede » più logica e più naturale della situazione da regolare, e quindi sia il più idoneo a disciplinarla. Tutto questo — si dirà — è scontato. Quale altro scopo, infatti, potrebbe prefiggersi il legislatore operando un rinvio che ha un costo molto elevato in termini di difficoltà da superare e problemi da risolvere? Ma, evidentemente, non basta archiviare questa affermazione, classificandola come una ovvietà. È necessario trarne le conseguenze. Il logico corollario di quella tesi è infatti che il giudice interno realizzi un trattamento del rapporto che sia il più possibile vicino a quello che il suo collega della *lex causae* realizzerebbe in condizioni analoghe. Non avrebbe

<sup>(14)</sup> Si veda, ad esempio, MORELLI, *Controllo della costituzionalità*, cit., p. 178.

evidentemente senso affermare la competenza di una legge straniera, ritenuta la più idonea allo scopo, se poi il giudice del foro ne distorcerebbe il senso, allontanandosi dall'interpretazione che ne viene data dai giudici della *lex causae*. Questa esigenza, che — si ripete — discende dalla *ratio* del diritto internazionale privato, è stata esplicitamente sottolineata dalla legge di riforma del 1995, la quale chiarisce (art. 15) che «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo». L'art. 14, d'altra parte, nel precisare che l'accertamento di tale legge è compiuto d'ufficio dal giudice, prevede che esso possa avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia, e che possa interpellare esperti e istituzioni specializzate. Col termine di «accertamento» deve ragionevolmente intendersi non solo l'individuazione delle norme da applicare, ma anche la loro interpretazione. Difatti, facendo appello ad autorità straniere chiamate o no in causa da eventuali convenzioni internazionali di cooperazione giudiziaria o amministrativa, o ricorrendo alla consultazione di esperti o di istituzioni specializzate, si mira non tanto e non solo a individuare le norme da applicare, quanto a ricostruire il trattamento concreto che il rapporto subisce nell'ambito di quel quadro normativo. Dunque, la conclusione da trarre è che l'applicazione del diritto straniero ha senso solo se si garantisce un trattamento del rapporto per quanto è possibile identico a quello che il giudice straniero realizzerebbe nel proprio ordinamento. Questa esigenza è ben espressa da quella nota massima di *common law* nella quale si afferma che il giudice deve operare come se sedesse «al posto del giudice straniero»: mai deve cioè lasciarsi condizionare dalla propria cultura di origine, ma deve piuttosto adottare l'ottica del giudice della *lex causae*, comportarsi in modo tale che dal suo tavolo esca una decisione analoga a quella che quel suo collega adotterebbe. Questo è il criterio basilare a cui occorre ispirarsi. La stessa soluzione innovativa del problema del rinvio adottata dall'art. 13 della legge di riforma obbedisce alla medesima esigenza, laddove esclude la soluzione precedente (art. 30 abrogato delle disp. prel.) che imponeva l'applicazione di un ordinamento straniero ancorché non consenziente, facendola invece dipendere, nei limiti del possibile, dall'accettazione dell'ordinamento a favore del quale il rinvio è effettuato. Allontanarsi dunque dall'obiettivo dell'identità di trattamento significherebbe tradire lo scopo perseguito dalle norme di conflitto, vanificarne la loro stessa ragione di essere.

Ciò detto, bisogna prendere atto delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti, sia per quanto riguarda il tipo di fonti, sia per quanto riguarda i procedimenti attraverso i quali le varie decisioni vengono adottate, che risentono dei modi in cui l'attività delle autorità competenti è organizzata nei vari sistemi: in particolare quella dei giudici, che segue itinerari a volte molto diversi, per effetto della territorialità del diritto processuale. Basti pensare, per l'uno e l'altro aspetto, alle differenze fra i paesi di *common law* e di *civil law*.

Ora, questo stato di fatto crea le premesse di un conflitto fra il fine del diritto internazionale privato e il principio di territorialità del diritto processuale dei vari ordinamenti. Bisogna infatti tener conto che il modo in cui il procedimento decisionale è organizzato in un dato sistema influisce o può comunque influire, a volte in modo determinante, sul merito delle decisioni. Se dunque il giudice del foro dovesse totalmente prescindere dalle procedure seguite dal suo collega straniero, in ossequio al principio di territorialità di cui si detto, probabilmente arriverebbe ad una decisione diversa da quella che verrebbe adottata nell'ambito della *lex causae*<sup>(15)</sup>. In tal modo verrebbe disatteso il fine dell'identità di trattamento del rapporto, cui invece la norma di rinvio impone di adeguarsi. Se, d'altra parte, per realizzare questo fine — così come la *ratio* delle norme di conflitto esigerebbe — il giudice non avesse altra via che quella di immedesimarsi totalmente nel ruolo del suo collega straniero, esercitandone i poteri nei modi previsti dall'ordinamento straniero, verrebbe compromesso il non meno fondamentale principio della territorialità del diritto processuale.

È bene subito chiarire che, sul piano puramente formale, questo conflitto è insanabile. La soluzione va quindi cercata in via pragmatica, tentando di realizzare coi mezzi processuali interni i risultati che il giudice della *lex causae* presumibilmente realizzerebbe con i mezzi processuali suoi propri. Ne deriva che il diritto processuale straniero va tenuto presente dal nostro giudice non già in sé e per sé, cioè quale strumento regolatore dell'attività che tale giudice svolge, ma quale mezzo per ricostruire la presumibile disciplina sostanziale del rapporto, cioè la decisione che il giudice straniero adotterebbe utilizzando appunto gli strumenti processuali della *lex causae*. L'ulteriore conseguenza da trarre è che i riferimenti al diritto

<sup>(15)</sup> Questo aspetto è colto da CARBONE, *Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 689, il quale peraltro giunge a conclusioni in linea con la dottrina tradizionale.

processuale straniero non hanno e non possono avere conseguenze che vadano oltre la ricostruzione della disciplina sostanziale del singolo caso in esame.

Tutto ciò significa che l'affermazione secondo la quale il giudice deve accertare che la norma straniera esiste veramente nell'ordinamento richiamato, usando tutti i mezzi che l'ordinamento *ad quem* mette a disposizione dei suoi giudici in quanto interpreti ed applicatori del diritto<sup>(16)</sup>, non appare del tutto esatta. I mezzi di cui tali giudici si avvalgono nel proprio ordinamento non sono utilizzabili dal giudice del foro, in particolare quando è previsto il ricorso a una corte costituzionale. D'altra parte, non tener conto di questi mezzi può significare approdare, nella disciplina del caso concreto, a una soluzione ben diversa da quella ipotizzabile nella *lex causae*. Per poter raggiungere il fine previsto è quindi necessario non arrestarsi alla constatazione della vigenza formale di una data norma, ma prefigurare il risultato a cui il giudice straniero perverrebbe disponendo dei propri mezzi processuali, di cui il giudice del foro non ha la disponibilità.

5. Posto il problema in questi termini, la distinzione fra sistemi a giurisdizione diffusa e sistemi a giurisdizione accentrata, invocata dalla dottrina come criterio discriminante per la soluzione del problema qui in esame, non sembra avere tutta la rilevanza che le viene attribuita. Si è detto che quel che interessa al giudice italiano è garantire un trattamento del rapporto il più possibile simile a quello che verrebbe realizzato nell'ambito della *lex causae*. Ora, nei sistemi a giurisdizione diffusa questo trattamento scaturirebbe dalla decisione del singolo giudice, il quale, convinto della incostituzionalità di una data norma, ne dichiarerebbe la nullità, e quindi non l'applicherebbe, cercando, nell'ordinamento, una disciplina sostitutiva in sintonia col principio costituzionale da tutelare. Il giudice italiano farà altrettanto perché, se le sue convinzioni sono esatte, deve ritenere che la «vera» disciplina del rapporto è, nell'ambito della *lex causae*, quella sostitutiva di cui si è detto.

Nell'ipotesi di ordinamenti a giurisdizione accentrata, il ragionamento non si discosta molto dal precedente. È indubbiamente vero che, muovendosi nell'ambito della *lex causae*, il giudice italiano non può in questo caso pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme,

<sup>(16)</sup> Cfr. CARBONE, *Sul controllo*, cit., p. 686 s.

né ha la possibilità di provocarne la caducazione rivolgendosi all'organo a ciò preposto, in assenza di un collegamento processuale con lo stesso; sicché sembra aver buon giuoco chi afferma che, in presenza di un sistema accentrato nel sistema della *lex causae*, «fintanto che la incostituzionalità della norma non risulti dalla pronunzia di questo organo... gli altri giudici [della *lex causae* e quindi a maggior ragione quelli del foro] non hanno il potere di disapplicare la norma sospetta»<sup>(17)</sup>. Ma una rilevante differenza fra le due ipotesi è costituita dal fatto che i giudici stranieri sono in grado, qualora abbiano il fondato sospetto che la norma sia incostituzionale, di promuovere il giudizio dell'organo accentrato provocando l'abrogazione della norma incriminata, e quindi disapplicarla, mentre i giudici interni non hanno questa possibilità e dovrebbero quindi continuare ad utilizzarla, conseguendo un risultato probabilmente opposto a quello voluto dalla norma di diritto internazionale privato (identità di trattamento del rapporto). Un passaggio così essenziale, che rischia di stravolgere il regime giuridico dei rapporti, non può essere semplicemente soppresso. La verità è che il giudice italiano, se ha dubbi fondati, cioè se è convinto che quella data norma è in contrasto con la costituzione straniera, non può non presumere che il suo collega straniero maturi ragionevolmente la stessa convinzione, e provochi, rivolgendosi alla corte costituzionale del suo paese (organo accentrato) l'abrogazione della norma in parola, cercando, nell'ambito del proprio ordinamento, una disciplina sostitutiva del rapporto. A questa ragionevole previsione egli dovrebbe, a nostro avviso, adeguarsi. Qui non si tratta di attribuirgli una sorta di potere di invalidazione della legge straniera, ma di ricostruire la prevedibile disciplina straniera in presenza di un conflitto fra una norma ordinaria e una norma costituzionale. Se il giudice italiano applicasse la norma ordinaria, ignorando il conflitto, di fatto non terrebbe conto del diritto straniero, che è rappresentato, non solo dalla norma incriminata, ma anche dalla norma costituzionale confliggente<sup>(18)</sup>. Ogni sistema ha in sé l'esigenza di eliminare gli eventuali conflitti fra norme, garantendo la propria armonia interna. Ora, se queste norme hanno parità gerarchica, si sa che il principio regolatore è quello

<sup>(17)</sup> In tal senso MOSCONI, *Norme straniere*, cit., p. 428.

<sup>(18)</sup> Questo ragionamento, come è noto, è stata formulato in termini lapidari in una sentenza del 1803, emanata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, sul caso *Marbury v. Madison*, e redatta dal giudice John Marshall. La si può leggere, fra l'altro, in BARRET, JR., BRUTON, HONNOLD, *Constitutional Law. Cases and Materials*, Brooklyn, 1959, p. 15 ss.

della successione delle leggi nel tempo (*lex posterior derogat priori*). Viceversa, in presenza di fonti gerarchicamente differenziate, occorre dare la prevalenza alla fonte superiore. Questo è un imperativo fisiologico di ogni ordinamento. L'affidamento del giudizio di incostituzionalità a un organo accentrato, è solo un modo — ritenuto a torto o a ragione più conveniente e razionale — per realizzare un « passaggio » che è di per sé ineliminabile, al fine di salvaguardare l'armonia del sistema, garantendo quella prevalenza. Dunque, se il problema sorge davanti a un giudice del foro, che non può appellarsi all'organo accentrato della *lex causae*, non avendo con esso un collegamento processuale atto a sollecitarne la pronuncia, non per questo si può ignorare l'esistenza della questione. Sarebbe in vero paradossale che, in caso di contrasto della norma ordinaria con una norma costituzionale, proprio il fatto che si sia dato particolare risalto al valore della costituzione predisponendo un procedimento *ad hoc* di fronte a una speciale corte (per garantire una soluzione autorevole e unitaria del problema) porti di fatto alla totale irrilevanza, nell'ordinamento italiano, della norma costituzionale straniera<sup>(19)</sup>!

È vero che così facendo, il giudice del foro finirebbe per non applicare una norma che nella *lex causae* è, formalmente, tuttora in vigore<sup>(20)</sup>. A questa critica si può rispondere che sarebbe più grave disattendere la norma costituzionale straniera, che è parte, non solo essenziale, ma prevalente della *lex causae*, senza la quale il giudice italiano non sarebbe in grado di garantire un trattamento del rapporto analogo a quello cui approderebbe il sistema giudiziario straniero, sia pure attraverso un diverso meccanismo processuale. In altre parole è vero che la norma ordinaria, fino alla pronuncia di incostituzionalità, è formalmente vigente nella *lex causae*, ma la stessa cosa può dirsi della norma costituzionale con cui si suppone in conflitto. Il contrasto fra le due tesi riguarda il problema di sapere se debba prevalere il profilo formalistico o sostanzialistico della

<sup>(19)</sup> La tesi favorevole al sindacato di costituzionalità da parte del giudice del foro anche nei casi in cui l'ordinamento straniero adotti un sistema di giurisdizione accentrata, è condivisa da TOMMASI DI VIGNANO, *Lex fori e diritto straniero*, Padova, 1964, p. 118 s., il quale, peraltro, non si cura di citare i precedenti (si veda *supra*, nota 3), né fornisce alcuna argomentazione a sostegno, sicché appare fuori luogo rimproverare alla tesi opposta — che anche noi, peraltro, non condividiamo — di essere « carente di una logica dimostrazione » (op. cit., p. 117). Per una critica analoga, si veda CARBONE, *Sul controllo*, cit., p. 689, nota 13.

<sup>(20)</sup> Cfr. MORELLI, *Controllo della costituzionalità*, cit. p. 178.

questione. Per parte nostra, visto il fine delle norme di conflitto, la seconda opzione sembra da preferire<sup>(21)</sup>.

Del resto, il rischio di risolvere diversamente dalla *lex causae* il problema della vigenza o meno di una data legge straniera, esiste anche in presenza di sistemi a giurisdizione diffusa, nei quali i giudici possono pervenire a conclusioni diverse (cioè di segno opposto) in tema di costituzionalità di una data norma, soprattutto nei casi in cui il giudice interno non possa fare affidamento su precedenti già maturati nella *lex causae*. In questa eventualità, egli finirebbe per non applicare una norma ritenendola incostituzionale, pur essendo la stessa, in quel momento, vigente a pieno titolo, non essendo ancora incorsa in un giudizio negativo da parte dei giudici ordinari dell'ordinamento straniero. Bisognerebbe allora, per coerenza, correggere la tesi che caldeggia l'allineamento ai sistemi di giurisdizione

<sup>(21)</sup> Per le ragioni esposte, non riteniamo di poter condividere quanto afferma il QUADRI (*Controllo sulla legittimità costituzionale delle norme straniere*, in *Dir. int.*, 1959, p. 34 s., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1988, p. 681 ss.), secondo il quale la Corte costituzionale, determinando l'abrogazione di una data norma per incostituzionalità, « partecipa sia pure in modo apparentemente negativo, alla costituzione dell'ordinamento giuridico... Ne consegue che nessun giudice potendo invadere il campo dell'attività legislativa... a fortiori non potrà invadere il campo dell'attività legislativa straniera... ». Questa tesi trova un'eco nella sentenza della Corte costituzionale del 23 marzo 1960 n. 13 (in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 481), la quale, senza parlare di attività legislativa vera e propria, riconosce all'organo accentrato di giustizia costituzionale poteri che non possono competere al giudice del foro. Fermo restando che la tesi dominante è favorevole alla natura giurisdizionale dell'attività della Corte costituzionale (si veda la dottrina citata dallo stesso QUADRI, op. cit., nota 11), noi crediamo di poter impostare il problema in termini diversi. Il giudice della *lex causal* non ha alcun bisogno di invadere il campo dell'attività legislativa del suo ordinamento, perché possiede lo strumento per risolvere il conflitto con la norma costituzionale, rivolgendosi all'organo appositamente previsto. Il giudice interno non ha questa possibilità; tuttavia, disapplicando la norma non compie alcuna invasione di campo, perché la sua decisione non intacca la realtà normativa dell'ordinamento straniero, limitandosi a risolvere il caso concreto. L'ordinamento straniero, teoricamente, potrebbe lasciar sopravvivere la norma incriminata. Naturalmente sta al nostro giudice procedere con molta cautela, optando per la disapplicazione della norma quando si sia convinto, per l'evidenza degli argomenti, che anche il suo collega della *lex causae* approderebbe, con altri strumenti, allo stesso risultato. Bisogna prendere atto che, ai fini del diritto internazionale privato — cioè ponendo il problema dal punto di vista di un giudice che debba applicare una legge estera —, il sistema della giurisdizione accentrata, che rappresenta una soluzione più razionale e perfezionata in tema di controllo della costituzionalità delle leggi, non è in grado di funzionare (per l'assenza dei collegamenti processuali); e che non si può, per questo, semplicemente sopprimere un passaggio così essenziale della ricostruzione della realtà normativa dell'ordinamento straniero. È quindi logico che, nella indisponibilità dell'organo accentrato, tale funzione sia esercitata dai singoli giudici, cui spetta in generale il compito di ricavare dalla congerie di norme esistenti, più o meno confliggenti fra loro, una disciplina coerente dei rapporti.

diffusa, ammettendo la competenza dei giudici italiani solo nei casi in cui vi sia una consistente giurisprudenza straniera di sostegno alla pronuncia di incostituzionalità<sup>(22)</sup>.

Ritornando ai sistemi a giurisdizione accentrata, la realtà è che, in una ipotesi data, il giudice della *lex causae* — si deve presumere — attiverrebbe il giudizio di incostituzionalità e quindi finirebbe per non applicare la norma incriminata. Ora, il giudice italiano non può contare su questo ausilio, ma nemmeno può ignorare un problema di tale gravità. Non potendo fare affidamento sul giudizio dell'organo accentrato, non può far altro che lasciarsi guidare dal fine cui obbedisce il meccanismo delle norme di rinvio, che è — lo si ripete ancora una volta — quello di garantire un risultato il più possibile simile a quello assicurato dal diritto straniero: un risultato — conviene sottolinearlo — pesantemente condizionato dalla probabile abrogazione della norma ordinaria, per effetto della prevedibile censura operata dall'organo di giustizia costituzionale. Dunque provvederà il giudice stesso a valutare tale costituzionalità, giacché nell'impossibilità di attivare il meccanismo « più avanzato » (almeno secondo alcuni), costituito dall'affidamento del giudizio ad una corte apposita, questa competenza, che non può essere in modo puro e semplice soppressa, non può che essere esercitata dal giudice ordinario, come passaggio obbligato della funzione giudiziaria nella ricostruzione della realtà normativa dell'ordinamento straniero.

Questa esigenza porta altresì a ritenere che il giudice possa e debba tener conto, nel processo, anche dei giudizi di incostituzionalità ancora in corso all'estero. Ciò rientra pienamente, a nostro avviso, nel potere che gli spetta di dirigere i lavori processuali, favorendo una esauriente trattazione della causa (art. 127 cod. proc. civ.). È vero che il problema della costituzionalità della legge straniera attiene al diritto applicabile e non al merito, cui sembra riferirsi il citato art. 127. Ma bisogna tener conto della peculiarità del problema qui trattato, che ha indotto il legislatore, sulla scorta di una prassi largamente consolidata, a prevedere, in tema di individuazione e interpretazione del diritto straniero applicabile, l'utilizzo di strumenti normalmente impiegati nell'attività probatoria, come il ricorso alla cooperazione di autorità straniere (in base a convenzioni internazionali), al Ministero di grazia e giustizia per informazioni, a esperti o istituzioni specializzate e, in ultima analisi, alle stesse

<sup>(22)</sup> Questa è infatti la posizione assunta da parte della dottrina. Si veda *infra*, nota 25.

parti (art. 15 della legge di riforma). Tutto ciò presuppone che l'ampio potere discrezionale del giudice di stabilire i tempi della causa e le sospensioni necessarie ai fini dell'acquisizione delle prove debba simmetricamente estendersi anche all'attività diretta ad acquisire, attraverso i suddetti strumenti, i dati normativi necessari. Sarebbe in vero poco congruente con tale quadro negare al giudice il potere di sospendere il procedimento avendo avuto notizia di un giudizio in corso all'estero sulla costituzionalità della legge straniera applicabile.

Occorre inoltre tenere ben distinti i due aspetti del controllo della costituzionalità delle leggi: da un lato, quello giudiziario, che riguarda la disciplina del caso concreto, in occasione della quale il problema viene posto, e, dall'altro, quello normativo, che determina l'epurazione dell'ordinamento, attraverso l'abrogazione della norma ritenuta incostituzionale<sup>(23)</sup>. Questo secondo aspetto è del tutto estraneo al ruolo che compete al giudice interno, il quale non può in alcun modo incidere sull'esistenza delle norme straniere<sup>(24)</sup>.

<sup>(23)</sup> La confusione fra questi due aspetti rappresenta l'equivoco in cui è incorsa quella parte della dottrina che si è schierata contro ogni forma di controllo della costituzionalità delle leggi straniere, ritenendo che ciò implichi un apprezzamento di natura politica che, secondo questa tesi, non sembra giustificato dalle norme di diritto internazionale privato. Si veda *supra*, nota 1. Il BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*<sup>3</sup>, Paris, 1959, p. 388, arriva a riconoscere che la pronuncia del giudice del foro, prima che si esprima il giudice straniero, è astrattamente possibile, in quanto si tratta di « une opération intellectuelle qui est censée simplement exprimer ce qui existe et qui est réputé déjà implicitement effectué à l'étranger » ma poi conclude ritenendo che « la déclaration d'inconstitutionnalité bien qu'elle s'analyse en la simple constatation que la loi étant contraire à la constitution celle-ci prévaut, aboutit cependant au rejet effectif de l'ordre formel et dernier en date du législateur: elle constitue donc une initiative "politique" au sens large du terme, que le juge français peut difficilement présumer avant son événement et qu'il n'a pas qualité pour prendre, non pas tant parce que le pouvoir lui en est refusé vis-à-vis du législateur français, mais parce que la résistance implique la subordination et qu'il n'est pas subordonné au législateur étranger ». A nostro avviso, il potere di pronunciarsi in merito deriva al giudice interno dal suo dovere di realizzare una disciplina del rapporto il più possibile vicina a quella che, prevedibilmente, attuerebbe il giudice della *lex causae*. La previsione dovrà essere realistica, ragionevole, non temeraria. Non si vede poi come si possa parlare di subordinazione al legislatore straniero. Questi rimane del tutto libero di non tener conto della censura di incostituzionalità formulata dal giudice di un altro paese. E il giudice del foro non si trova nella posizione di chi « resiste » a un'autorità a cui è subordinato, ma di chi deve dare una risposta logica a un conflitto di testi normativi, in base ad una prescrizione del proprio ordinamento (contenuta nella norma di internazionale privato) che è il solo cui è subordinato.

<sup>(24)</sup> Nel senso criticato si veda, invece, CARBONE, *Sul controllo*, cit., p. 694, il quale afferma che sarebbe sorprendente che un organo di un ordinamento diverso da quello di origine potesse influire sulla efficacia di una legge che non appartiene all'ordinamento di cui è organo. A nostro avviso, questo problema non dovrebbe neppure porsi. Il giudice del foro non può ovviamente arrogarsi il potere di invalidare

Ciò, del resto, è vero non solo con riferimento al caso appena esaminato di ordinamenti a giurisdizione accentrata — per l'immediata evidenza del fatto che il nostro giudice non può attivare la corte costituzionale straniera — ma — e forse questo non è stato sufficientemente sottolineato — anche con riferimento agli ordinamenti a giurisdizione diffusa, nei quali il singolo giudice non ha un potere abrogativo, e nemmeno dichiarativo di una nullità *ex tunc*, ma può solo creare un precedente storico o eventualmente allinearsi a decisioni straniere di analogo contenuto, che se del caso concorrono, attraverso la regola dello *stare decisis*, alla sostanziale nullificazione della norma. È chiaro comunque che il giudice italiano non ha un ruolo da svolgere in questo senso, non può cioè entrare a far parte di quella giurisprudenza, essendo pur sempre un attore estraneo al sistema. Deve quindi limitarsi ad accodarsi ai precedenti, se esistono; altrimenti, procederà con estrema prudenza, quando si tratti di anticipare una soluzione che non trova ancora riscontro nella giurisprudenza estera<sup>(25)</sup>: su di essa, comunque, non potrà esercitare se non uno stimolo del tutto esterno, di mero fatto, nel senso di suscitare interesse al quesito posto, attirando l'attenzione dei giudici stranieri (ammesso che siano sensibili a sollecitazioni «esterne») sul profilo problematico emerso dalla fattispecie in esame.

6. Un altro punto criticabile della dottrina dominante è dato, come già si è accennato all'inizio, dalla stereotipizzazione dei modelli esistenti, cioè dal fatto di non tener conto delle differenze notevolissime che ciascuno di essi presenta nella realtà, tanto che alcuni sistemi appaiono di incerta classificazione, avendo spesso un carattere

le norme di un altro ordinamento. L'unico obiettivo che deve prefiggersi — trascurando il quale le norme di diritto internazionale privato non avrebbero senso — è realizzare, con i propri strumenti processuali, un trattamento del rapporto presumibilmente identico a quello che realizzerebbe il suo collega della *lex causae* (quest'ultimo operando con strumenti processuali diversi). È certo possibile che, procedendo in tal modo, commetta un errore, disapplicando una norma che il suo collega straniero invece applicherebbe. Ma questo è un rischio inerente all'attività giurisprudenziale, che si verifica anche in sede di interpretazione delle singole norme. Non si può infatti escludere che il giudice interno adotti di una data legge straniera un'interpretazione diversa da quella accolta dal giudice della *lex causae*.

<sup>(25)</sup> Secondo il NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1954, p. 342, il giudice interno può dichiarare l'incostituzionalità della norma straniera solo se alla stessa conclusione sono pervenuti i giudici o la dottrina dominante dello Stato estero. L'autore sembra dunque escludere che possa farlo in assenza di precedenti giurisprudenziali o dottrinari. In senso analogo, ma con riferimento ai soli precedenti giurisprudenziali, CARBONE, *Sul controllo*, cit., p. 693 ss.

«misto»<sup>(26)</sup>. Non è fuori luogo chiedersi se un quadro così variegato non sia destinato a incidere sul *modus operandi* del giudice del foro.

Negli Stati Uniti, ordinamento a giurisdizione diffusa, l'inconveniente è sostanzialmente evitato. In primo luogo, perché la regola dello *stare decisis* tende a stabilizzare la valutazione sulla costituzionalità di una data legge, nel senso che la giurisprudenza finisce per allinearsi alla medesima soluzione; in secondo luogo, perché anche quando qualche giudice scelga di discostarsi dall'orientamento comune, alla fine, attraverso il sistema delle impugnazioni, la questione viene decisa dalle corti superiori fino alla Suprema Corte, alla cui pronuncia viene riconosciuta, per effetto sempre della regola dello *stare decisis* — ma questa volta operante al massimo livello — un effetto vincolante. Tuttavia, la legge federale censurata dalla Suprema Corte non è tecnicamente «abrogata»: sopravvive «on the books», ma è «dead law», una legge morta, anche se sembra si siano verificati casi di riviviscenza di una tale legge in seguito a un cambiamento di rotta della Corte. In altri paesi a giurisdizione diffusa, ad esempio in Giappone, la pronuncia del giudice sulla costituzionalità di una data legge, è limitata al caso concreto, nel senso che la decisione, anche della Corte suprema, non ha un effetto generale<sup>(27)</sup>. Il sistema che — si afferma — è suggerito dalla esigenza di garantire una certa flessibilità e discrezionalità, non offre certezze e non può non suscitare notevoli difficoltà a chi debba adeguarsi dall'esterno<sup>(28)</sup>.

<sup>(26)</sup> Si veda ad esempio il caso dell'ordinamento venezuelano. L'art. 20 del codice di procedura civile prevede una forma di giurisdizione diffusa, esercitata dai singoli giudici, in via incidentale. Il sistema, tuttavia, non è garantito dalla regola dello *stare decisis*, sicché la singola decisione non vincola per il futuro né gli altri giudici, né il giudice stesso che l'ha adottata. Contemporaneamente, l'art. 215 della Costituzione prevede una seconda forma, questa volta di giurisdizione accentrata, affidata alla Corte suprema di giustizia, investita in via principale da chiunque, sia esso persona fisica o giuridica, nell'esercizio di una vera e propria *actio popularis*, che non presuppone un interesse di parte in giuoco. La Costituzione, infine, contempla una forma di controllo preventivo sulla costituzionalità delle leggi, affidato alla Corte suprema, su istanza del Presidente della Repubblica. Si veda, in materia, BREWER CARRIAS, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, 1987, p. 19 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. KOJIMA, *Judicial Protection of Human Rights at the National Level. The Far East*, in *Judicial Protection*, cit. *supra* nota 6, p. 313 ss., in particolare p. 344.

<sup>(28)</sup> Alla luce di queste notevoli differenze, appaiono di scarsa utilità le dotte analisi che la dottrina ha svolto circa la natura delle norme incostituzionali, di cui si è disquisito di volta in volta come di norme valide o invalide, perfette o imperfette, fino alla pronuncia della loro incostituzionalità. Si veda KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milano, 1959, p. 160. Questo dibattito, senz'altro apprezzabile in termini di teoria generale del diritto, si scontra con la realtà dei vari ordinamenti

Basterebbero questi elementi per far comprendere quanto incerta e perigliosa sia la navigazione del nostro giudice nell'arcipelago degli ordinamenti a giurisdizione diffusa. Il discorso va quindi prudentemente graduato, senza acquietarsi all'idea che, di fronte a un ordinamento di questo tipo, il giudice interno possa senz'altro pronunciarsi sulla costituzionalità della *lex causae*. Se infatti l'ordinamento straniero è di quelli che non seguono la regola dello *stare decisis*, paradossalmente questa autonomia dovrà essere esercitata dal giudice interno con particolare prudenza, evitando decisioni isolate e innovative che potrebbero compromettere l'uniformità di trattamento del rapporto. Del resto negli stessi ordinamenti stranieri che seguono questo modello — ad esempio nei paesi scandinavi — i giudici si comportano con estrema cautela (anche per il rispetto dovuto agli organi legislativi) e si limitano a rilevare soltanto i contrasti «paiesi» di una data norma con la costituzione<sup>(29)</sup>. Sarà dunque opportuno procedere con ponderatezza, cogliendo gli spunti offerti dalla giurisprudenza straniera, che, pur non vincolanti, offrano qualche motivato appiglio al giudizio di incostituzionalità<sup>(30)</sup>.

Negli altri ordinamenti a giurisdizione diffusa, caratterizzati o meno dalla regola dello *stare decisis*, il giudizio di incostituzionalità dei singoli giudici nasce come disapplicazione della legge ordinaria nel caso concreto. Allo stesso modo si giustifica il potere del giudice italiano, che, in assenza di precedenti, si limita a non applicare la norma nell'ipotesi a lui sottoposta, il che non esclude che la stessa possa essere applicata in altri casi, così come accade nell'ordinamento estero, ad opera dei giudici stranieri, fin quando il giudizio di incostituzionalità non diventi definitivo, per effetto dello *stare decisis*, se questa è la soluzione adottata in quel sistema<sup>(31)</sup>. È interes-

giudici, nei quali la configurazione di dette norme assume contorni obiettivamente diversi.

<sup>(29)</sup> Cfr. SMITH, *Pays Scandinaves*, in *Le contrôle juridictionnel des lois*, cit., p. 225 ss.

<sup>(30)</sup> Si pensi al caso, citato nel testo, dell'art. 18 delle disposizioni preliminari riguardante i rapporti personali fra coniugi, dichiarato incostituzionale in relazione agli articoli 3 e 29 della Costituzione. Nell'ipotesi in cui un giudice straniero avesse avuto a che fare con l'art. 19, riguardante i rapporti patrimoniali, che utilizzava lo stesso criterio di collegamento della nazionalità del marito al momento del matrimonio, avrebbe potuto disapplicarlo per incostituzionalità, quando anche questa illegittimità non fosse stata ancora dichiarata, essendo molto prevedibile nell'ordinamento italiano una soluzione analoga, vista l'identità della motivazione.

<sup>(31)</sup> La soluzione è quindi molto più flessibile di quanto non ritenga TOMBA di VIGNANO, *Lex fori*, cit., p. 119, secondo il quale il giudice del foro solo in mancanza di precedenti può procedere a un giudizio autonomo.

sante notare che, nei casi in cui la valutazione del giudice interno (sulla incostituzionalità) dia adito a dubbi o contestazioni, il problema potrebbe approdare alla Cassazione, la quale sarebbe chiamata a stabilire se quella data legge straniera dovesse essere applicata oppure no al caso deciso; ma la Corte, in questa funzione, opererebbe non già come giudice della costituzionalità in senso proprio — ruolo che evidentemente non le compete —, ma nella sua veste di giudice di legittimità, per verificare cioè se quella data legge, a conti fatti, fosse veramente quella che doveva essere applicata.

7. La situazione degli ordinamenti a giurisdizione accentrata non è meno complessa. Abbiamo respinto la tesi che nega al giudice italiano il potere di indagare sulla costituzionalità della *lex causae*, sostenendo che egli, se non è legittimato a promuovere tale giudizio presso l'organo centrale a ciò predisposto, può — anzi deve — procedervi direttamente, nell'intento di ricostruire la realtà normativa della *lex causae*, prefigurando il risultato che otterrebbe il suo collega straniero.

Ma il sistema della giurisdizione accentrata si è storicamente realizzato in forme molto diverse. In Austria, paese che ha introdotto ed elaborato l'archetipo di tale modello, il giudizio è affidato alla Corte costituzionale. Inizialmente (1920), era previsto che venisse sollevato, in via principale, da organi politici per denunciare sconfinamenti di poteri: dal governo federale per le leggi dei Länder, e dai governi dei Länder per le leggi federali. I singoli giudici non avevano alcun potere di iniziativa in merito. Nel 1929, con una importante riforma, si è modificato l'art. 140 della Costituzione. In base al nuovo testo, accanto agli organi politici di cui si è detto, furono legittimati a promuovere il giudizio presso la Corte due organi giudiziari ordinari: l'Oberste Gerichtshof e il Verwaltungsgerichtshof, i quali vi procedevano in via incidentale, cioè in occasione di un processo civile, penale o amministrativo, svolgentesi davanti ad essi. Questi organi, in caso di dubbi sulla costituzionalità di una legge, erano tenuti a sospendere il procedimento, sollecitando il parere vincolante della Corte costituzionale. Di fronte ad essa, potevano intervenire le parti interessate ed anche i governi (sia quello federale che quelli dei Länder). Questa possibilità competeva, in base alla riforma del 1929, solo agli organi giudiziari supremi, non anche ai giudici ordinari inferiori. Un'ulteriore riforma del 1975 ha esteso la legittimazione (sempre in via incidentale) agli organi giudiziari di secondo grado.

Ora, vi è da chiedersi quali ripercussioni abbia questa situazione sul lavoro del giudice italiano<sup>(32)</sup>. Appare plausibile ritenere che, per una certa simmetria con la *lex causae*, i giudici interni di primo grado debbano astenersi da ogni censura costituzionalistica. Difatti, a questo livello di giurisdizione, il diritto straniero non è suscettibile di «rettifiche» in corso d'opera, e il giudice interno deve adeguarsi a quello che, a tutti gli effetti, è lo stato del diritto nell'ordinamento straniero, tenendo conto che nulla è pregiudicato vista l'esistenza di altri gradi di giudizio<sup>(33)</sup>. Diverso è il discorso da fare in appello. I giudici di secondo grado, come si è visto, sono legittimati, in Austria, a promuovere un parere vincolante della Corte costituzionale, e quindi a non applicare la legge ordinaria qualora ne risulti l'incostituzionalità. Conseguentemente, in Italia, i giudici d'appello, oltre che la Corte di cassazione, dovranno tener conto di questa possibilità: non potranno certo attivare la Corte costituzionale straniera, mancando dei collegamenti processuali, ma potranno valutare direttamente la costituzionalità della norma, prefigurando il risultato finale cui perverrebbe il giudice d'appello austriaco: e ciò perché, a questo stadio dell'*iter* giudiziario, il rifiuto della norma per incostituzionalità rientra nelle prospettive reali della *lex causae*<sup>(34)</sup>. Si potrebbe obiettare che, in tal modo, il giudice italiano giunge a disapplicare una norma che nell'ordinamento austriaco è ancora formalmente vigente; ma la soluzione opposta porterebbe ad applicare

(32) Il problema viene posto dal DE NOVA, op. cit., p. 432, nota 15.

(33) È appena il caso di ribadire che la «simmetria» con la *lex causae*, di cui si parla nel testo, non riguarda il diritto processuale in sé e per sé, che, per le ragioni più volte dette, non può subire condizionamenti dall'esterno, ma i risultati raggiunti nel regolamento dei rapporti. Ora, nell'ipotesi fatta, i giudici stranieri di primo grado applicherebbero esclusivamente le norme ordinarie, senza occuparsi della loro eventuale illegittimità costituzionale. Pertanto, i giudici di primo grado del foro, per conseguire identità di risultati, dovrebbero applicare gli stessi strumenti normativi.

(34) Di parere negativo il DE NOVA, *ibidem*. L'autore ritiene che, in questi casi, finché la questione della costituzionalità di una data legge straniera non è stata proposta alla Corte costituzionale o alla Corte suprema di quel paese, il giudice interno non possa decidere autonomamente il punto. «anche se [nell'ordinamento straniero] le corti inferiori possono contestarne occasionalmente la costituzionalità e rifiutarsi quindi di applicarla». Ma, se è vero quanto l'autore afferma, e cioè che «il giudice italiano, per ottemperare alle proprie norme di diritto internazionale privato, deve appurare quale sia la valutazione giuridica della fattispecie nell'ordinamento straniero "competente", cioè deve analizzare quel diritto così come si presenta nel momento rilevante, e a tal fine dovrà e potrà usare gli strumenti d'indagine di cui dispone il giudice straniero stesso, in quanto funzioni quale giudice» (op. cit., p. 434), appare logico ritenere che possa comportarsi allo stesso modo.

una norma in conflitto con una norma superiore, e che il giudice straniero, a conti fatti, finirebbe per non applicare<sup>(35)</sup>.

Vale la pena di ribadire che tutto ciò non è il risultato dell'applicazione in Italia del modello giudiziario straniero — esclusa dal principio di territorialità del diritto processuale — ma semplicemente la conseguenza della ricerca di quella che dovrebbe essere, nell'ambito della *lex causae*, la prevedibile disciplina concreta del rapporto.

8. Una variazione sul tema è rappresentata dalla possibilità che nell'ordinamento straniero, come accade in quello tedesco, la legge attribuisca alla Corte costituzionale il potere di ricorrere alla cosiddetta «interpretazione di adeguamento» (*verfassungskonforme Auslegung*), con la quale la Corte esercita una sorta di supplenza legislativa, suggerendo una disciplina sostitutiva del rapporto, in modo da ovviare alle lacune create dalla pronuncia di incostituzionalità. Di fronte a un tale sistema, la posizione del giudice del foro appare particolarmente delicata e il suo operato dovrà ispirarsi a particolare prudenza. Vi è da dire che la Corte costituzionale, nell'esercizio di questa sua particolare competenza, non esercita in realtà poteri legislativi, ma si limita a ricostruire, sulla base delle norme esistenti e dei principi costituzionali tutelati, una disciplina sostitutiva. A ben guardare, non diversa è la tecnica che il giudice interno è chiamato ad adottare nel momento in cui ritenga di non dover applicare una norma per incostituzionalità: egli dovrà ricercare, nel tessuto della *lex causae*, i principi che consentano di individuare una regolamentazione alternativa del rapporto. Quest'opera può essere più o meno adeguata (nel senso di riuscire a tener conto del reale modo di essere dell'ordinamento straniero), a seconda della lacuna prodotta dalla

(35) Siamo consapevoli di una possibile obiezione: adottare come riferimento la *presumibile* decisione estera di secondo grado, significa dare per scontato che anche nell'ordinamento straniero il procedimento raggiungerebbe il grado di appello, aprendo la strada al giudizio di legittimità costituzionale. In realtà, non si può escludere che, in quell'ordinamento, la sentenza di primo grado non verrebbe appellata, sicché il trattamento del rapporto rimarrebbe ancorato *in toto* alla legislazione ordinaria, senza chiamare in causa le norme costituzionali. L'ipotesi è peraltro confinata ai casi, che supponiamo residuali, in cui il giudice interno di appello si trovi ad affrontare il problema per la prima volta, senza poter contare su qualche precedente nella *lex causae* e debba quindi muoversi al buio. Si può inoltre osservare che, se c'è un serio dubbio di illegittimità costituzionale, l'ipotesi più probabile, a parte altri motivi di impugnazione, è che, nella *lex causae*, si attivi il secondo grado di giurisdizione. D'altra parte, questi sono i rischi di una costruzione come quella suggerita, che potremmo definire di «simmetria sostanziale», la quale deve tener conto della diversità degli ordinamenti e operare attraverso presunzioni.

eliminazione della norma ritenuta incostituzionale. In alcuni casi l'effetto sarà puramente negativo, nel senso che si esaurirà nel negare una situazione giuridica basata sulla norma incriminata: l'interprete non dovrà fare altro che dare seguito a questo effetto, senza alcun contributo « creativo ». Quando invece si tratti di una disciplina più complessa, in termini positivi, è necessario impegnarsi in una interpretazione sistematica dell'ordinamento, mirante a ricavare dai principi generali gli elementi normativi utili alla decisione. Questi sono i casi in cui il giudice interno corre il rischio di discostarsi dalle linee che una Corte costituzionale come quella tedesca potrebbe ipoteticamente tracciare in quella « interpretazione di adeguamento » che la legge le affida.

Nel variegato panorama degli ordinamenti a giurisdizione accentrata, figurano anche, come si è accennato all'inizio, sistemi nei quali i cittadini in quanto tali possono direttamente attivarsi per un ricorso all'organo supremo di controllo, indipendentemente da una procedura giudiziaria in corso, e quindi senza che sia un giudice a sollevare la questione. Si ricorderà l'art. 241, par. 4, della Costituzione colombiana del 1991, o l'art. 215 della Costituzione venezuelana del 1961.

È lecito chiedersi quali ripercussioni possa avere una soluzione del genere nell'ordinamento italiano. Certamente il giudice interno non potrà procedere ad una valutazione della costituzionalità della legge straniera, utilizzando il ragionamento già fatto; e ciò perché, in questo caso, il suo collega straniero, che nell'ipotesi indicata (giurisdizione accentrata), non è investito del potere di formulare direttamente tale giudizio, non ha, nella specie, neppure la possibilità di promuoverlo presso l'organo apposito. Ciò premesso, la domanda da porsi è se il ricorso individuale non possa avere una qualche rilevanza nel processo italiano. Si potrebbe supporre che un cittadino colombiano, parte di un processo in Italia, informi il giudice di aver inoltrato alla Corte costituzionale del suo paese un ricorso per ottenere la pronuncia di incostituzionalità di una legge che dovrebbe essere applicata nel processo in corso nel foro, e chieda una sospensione in attesa della decisione. Non ci sembra fuori luogo ritenere che il giudice italiano possa aderire a tale richiesta, rinviando la prosecuzione del procedimento e fissando un termine per l'esibizione della decisione assunta dalla Corte costituzionale estera<sup>(76)</sup>. Questa

<sup>(76)</sup> In questo senso, già BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Paris, 1950, § 118, p. 304, citato da MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, in *Recueil des cours*, 1956, III, p. 395. Si veda anche

sospensione potrebbe essere giustificata alla luce delle difficoltà che lo stesso legislatore riconosce in sede di accertamento del diritto straniero applicabile, e che lo ha indotto a suggerire, nell'art. 14 della legge di riforma, l'impiego di strumenti di cognizione come il ricorso a convenzioni internazionali di cooperazione giudiziaria, alle informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia, e all'aiuto di esperti o di istituzioni specializzate. È vero che questi strumenti, il cui utilizzo richiede tempi adeguati, riguardano il diritto in vigore, ma si potrebbe ritenere, in una interpretazione ragionevolmente estensiva, che essi siano destinati a informare anche sui procedimenti in atto suscettibili di modificare a breve scadenza il diritto applicabile. Come dovrebbe comportarsi il giudice italiano se fosse informato dall'autorità giudiziaria straniera, interpellata sul diritto applicabile a un dato caso, che è in atto un procedimento che potrebbe di lì a poco portare all'abrogazione di una norma ritenuta incostituzionale? Crediamo che sarebbe logico soprassedere rinviando il giudizio in attesa del risultato, soprattutto se il giudice del foro, a un sommario esame, si convincesse del buon fondamento della richiesta avanzata all'estero. Se si ritiene di poter condividere quanto si è andato finora dicendo, appare ragionevole agganciare a questa ipotesi quella della pendenza all'estero di un ricorso individuale presso l'organo di controllo della costituzionalità. In questo caso sarebbe direttamente una delle parti a informare il giudice del procedimento in atto, il che non contraddice quanto previsto dall'art. 14, che, al secondo comma, chiama esplicitamente in causa l'aiuto delle parti nella determinazione della *lex causae*.

Vi sono infine altri ordinamenti in cui il giudizio di incostituzionalità è precluso ai giudici ordinari, come in Inghilterra, in omaggio alla supremazia del Parlamento, o spetta ad una corte suprema, ma solo su iniziativa di organi politici, o di organi giudiziari di grado superiore, come in Austria negli anni tra il 1920 e il 1929. In questi casi, il giudice interno non potrebbe fare altro che astenersi da qualsivoglia giudizio di costituzionalità, dovendo garantire un trattamento del rapporto analogo a quello che verrebbe adottato dai giudici ordinari dell'ordinamento designato.

9. Un ulteriore aspetto merita di essere analizzato e riguarda il rapporto fra il problema in esame e quello dell'ordine pubblico.

BATIFFOL, *Traité élémentaire*, cit., p. 389, nota 16. In senso contrario, MORELLI, *Controllo della costituzionalità*, cit., p. 18.

Può infatti accadere che il giudice italiano sia sollecitato, nelle sue valutazioni, dalla coincidenza fra una norma costituzionale della *lex causae* e l'ordine pubblico della *lex fori*. Vi è da chiedersi quale sia, in questo caso, il corretto modo di procedere.

Si potrebbe essere tentati di scegliere la scorciatoia dell'ordine pubblico, applicando l'art. 16 della legge 218, quindi la legge indicata da un eventuale criterio sussidiario, e poi, in ultima istanza, la *lex fori*. Ma, a nostro avviso, la strada da percorrere dovrebbe essere un'altra: trovare cioè la soluzione nell'ambito della *lex causae*, così come farebbe il giudice straniero. Apparentemente, si finirebbe così per seguire quella teoria, che ha avuto un seguito particolarmente in Germania, secondo la quale, in caso di intervento dell'ordine pubblico, si dovrebbe continuare ad applicare, per quanto possibile, la legge straniera, dopo averla opportunamente emendata delle norme ritenute inaccettabili<sup>(37)</sup>. In realtà, in questi casi, non sussisterebbero i motivi che, con riferimento alla legislazione precedente, sconsigliavano, a nostro avviso, questa soluzione. Si disse allora che essa determinava una deformazione della legge straniera, che veniva in tal modo privata di una componente essenziale<sup>(38)</sup>. Nell'ipotesi in esame, invece, accade tutto il contrario. Difatti, a ben guardare, non si avrebbe uno « stravolgimento » della *lex causae*, ma piuttosto l'esaltazione della sua coerenza sistematica: in effetti, l'amputazione delle norme reputate incostituzionali non sarebbe il frutto dell'intervento di un fattore esterno — cioè dell'ordine pubblico della *lex fori* — ma di un fattore interno alla *lex causae*, costituito da una norma costituzionale dello stesso ordinamento richiamato. Sotto questo profilo, la soluzione dovrebbe essere la medesima, sia che l'ordinamento straniero fosse a giurisdizione diffusa che a giurisdizione accentrata. Che se poi, nell'una e nell'altra ipotesi, la *lex causae* non offrisse risorse normative per regolare il rapporto, nel senso che non fosse possibile ricavare dal sistema una disciplina utile a causa del *vulnus* da esso subito, si ricadrebbe nell'ipotesi estrema prevista dall'art. 14 della legge 218, che prescrive il ricorso a un criterio di collegamento sussidiario, se previsto, e, da ultimo, alla *lex fori*. Vale la pena di ribadire che quest'ultima soluzione scaturisce dall'art. 14, ancorché apparentemente identica a quella prevista dall'art. 16 (clausola dell'ordine pubblico), se ne discosterebbe comunque nei presupposti, giacché verrebbe utilizzata

(37) Cfr. BADIALI, *Ordine pubblico*, cit. p. 285, nota 1.

(38) Cfr. BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., p. 287 ss.

solo dopo che fosse andato a vuoto il tentativo di ricavare dall'ordinamento straniero una disciplina sostitutiva, mentre nel caso di intervento dell'ordine pubblico il ricorso ai criteri di collegamento sussidiari e, da ultimo, alla legge interna, avviene automaticamente, senza indagini suppletive, scartando definitivamente la legge straniera.

10. Contiguo al tema della incostituzionalità delle norme straniere richiamate è quello della loro illegittimità internazionale. Il problema può porsi quando le norme in questione contrastino o con principi fondamentali della comunità internazionale o con convenzioni internazionali stipulate dallo Stato della *lex causae*, per lo più allo scopo di introdurre una disciplina materiale uniforme della materia di cui si tratta. Nella prima ipotesi, occorre valutare se l'ordinamento straniero disponga di strumenti di soluzione del conflitto, assimilati o meno a quelli previsti in tema di incostituzionalità<sup>(39)</sup>. Se tale è il caso, il giudice del foro, ponendosi nelle vesti del giudice straniero, andrà alla ricerca della soluzione che quest'ultimo presumibilmente otterrebbe, e lo farà seguendo il metodo già illustrato in tema di incostituzionalità, a cui pertanto rimandiamo<sup>(40)</sup>. Ma non si può escludere che la presenza, nella *lex causae*, di norme contrarie a principi internazionali fondamentali, non sia imputabile a una svista, a una disarmonia involontaria, ma sia voluta. Si pensi a una disciplina dei rapporti interpersonali, ad esempio ispirata a particolari concezioni religiose, contraria ai principi di eguaglianza. In questo caso, non essendo l'ordinamento straniero predisposto a coordinarsi con i valori suddetti, il giudice interno non potrà far altro che scartare la legge straniera, trattandosi di un caso di contrarietà all'ordine pubblico<sup>(41)</sup>, e seguire la soluzione dettata dall'art. 16 della legge di riforma, ricorrendo, in primo luogo, ad un eventuale criterio di collegamento sussidiario e, in ultima analisi, alla legge materiale interna. Nella seconda ipotesi, bisogna ancora una volta verificare se il contrasto sia dovuto a un ritardo o a una disat-

(39) Occorre tener presente che principi del genere spesso coincidono con principi costituzionali.

(40) Sul tema, si veda MORGENSTERN, *Recognition and Enforcement of Foreign Legislative, Administrative and Judicial Acts which Are Contrary to International Law*, in *Int. Law Quarterly*, 1951, p. 330, il quale ritiene che, affinché il controllo sia possibile, deve risultare consentito, rispetto agli atti del proprio ordinamento, tanto ai giudici del foro che a quelli dell'ordinamento *ad quem*.

(41) Sulla rilevanza del diritto internazionale come fonte di principi di ordine pubblico, si veda BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., p. 123 ss.

tenzione nell'adeguamento alla convenzione di cui si tratta, oppure sia un inadempimento voluto. Nel primo caso, la *lex causae* disporrà verosimilmente degli strumenti per provvedere all'adattamento, e il giudice del foro, prefigurando l'impiego di questi strumenti da parte del suo collega della *lex causae*, sarà in grado di risolvere il conflitto garantendo l'applicazione della disciplina convenzionale. Qualora, invece, l'inadempimento sia voluto, bisognerà distinguere il caso in cui lo Stato del foro sia parte contraente della convenzione chiamata in causa, da quello in cui esso ne sia estraneo. Nella prima eventualità, l'interesse diretto del suddetto Stato all'attuazione della convenzione porterebbe il giudice di tale ordinamento ad applicare senz'altro la disciplina convenzionale, scartando le norme straniere contrarie, non potendo ovviamente tale giudice operare contro il proprio stesso Paese. Nel secondo caso, la situazione appare molto più delicata, chiamando in causa esigenze contraddittorie. L'applicazione della disciplina convenzionale, contro la volontà dello Stato della *lex causae*, potrebbe apparire come una ingerenza indebita, dal momento che la convenzione sarebbe una *res inter alios acta*, sicché lo Stato del foro potrebbe essere accusato di intervenire indebitamente, evidenziando un illecito internazionale che non sarebbe in alcun modo legittimato a far valere. D'altra parte, la non applicazione delle norme convenzionali avallerebbe una disciplina del rapporto che rimarrebbe confinata allo Stato della *lex causae*, non potendo essere recepita, per la sua illiceità internazionale, dalla cerchia dei contraenti della convenzione: e ciò sembrerebbe contrastare con l'interesse di una maggiore circolazione dei valori giuridici, in termini di uniformità di trattamento dei rapporti. Riteniamo tuttavia che la disciplina attuata nell'ambito della *lex causae* rimanga da preferire, rappresentando il trattamento garantito in concreto dall'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto, almeno fin quando gli altri Stati contraenti non ne ottengano l'adeguamento nel senso prescritto dall'accordo.

Quanto poi alle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, esse potrebbero entrare in giuoco in tema di rinvio, qualora la norma di conflitto uniforme della *lex causae* attivasse un rinvio indietro o altrove. Il problema non si porrebbe nel caso in cui lo Stato del foro fosse parte contraente, giacché una diversità delle norme di conflitto (da cui il rinvio dipende) non sarebbe ipotizzabile. La questione invece sorgerebbe nel caso in cui lo Stato del foro fosse estraneo alla convenzione: lo Stato della *lex causae* potrebbe cioè aver stipulato con Stati terzi una convenzione di diritto internazionale privato uniforme le cui norme, basandosi su criteri di colle-

gamento diversi da quelli adottati dalla *lex fori*, potrebbero operare un rinvio indietro o altrove. Il giudice interno dovrebbe, alla stessa guisa del suo collega straniero, approfondire la problematica dei rapporti fra norme comuni e norme convenzionali di diritto internazionale privato, adottando l'ottica dell'ordinamento straniero per quanto riguarda la delimitazione delle rispettive sfere di applicazione e l'eventuale prevalenza delle norme di origine convenzionale.

11. Il tema del rinvio innesca anche un più sofisticato profilo costituzionalistico. Come si sa, l'art. 13 della legge di riforma, innovando rispetto all'art. 30 delle disposizioni preliminari, ammette, oltre il rinvio « indietro » cioè alla *lex fori*, anche il rinvio « altrove », cioè ad un ordinamento terzo, purché questo si consideri competente. Ora, anche con riferimento all'ordinamento in tal modo designato, può porsi il problema del controllo della costituzionalità delle sue norme. Vi è allora da chiedersi se, anche in questo caso, siano da seguire i criteri tracciati nei precedenti paragrafi. A nostro avviso, non vi è motivo per non applicarli, anche se la *ratio* del rinvio suggerirebbe di utilizzare il filtro dell'ordinamento rinviante. Il ruolo di quest'ultimo, in realtà, si esaurisce nel richiamo dell'ordinamento terzo. Ciò risulta anche dal fatto che la *lex fori*, come noto, in caso di non accettazione del rinvio, risolve autonomamente il problema che ne deriva, ritornando al diritto materiale del primo ordinamento richiamato, senza tener conto dell'atteggiamento di quest'ultimo, che potrebbe prevedere soluzioni proprie, come ammettere la propria competenza nel solo caso di rinvio indietro ad opera dell'ordinamento terzo, seguire negli altri casi il rinvio altrove eventualmente operato da tale ordinamento, oppure prevedere il ricorso a un criterio sussidiario<sup>(42)</sup>. In altre parole, l'ordinamento rinviante, designato in prima battuta, in caso di rinvio non accettato, viene comunque applicato, anche contro la sua stessa volontà, e a scapito della stessa uniformità di trattamento del rapporto. Questa autonomia di valutazione della *lex fori* consente dunque, in caso di rinvio altrove, di affrontare il problema della costituzionalità della legge che risulti in tal modo applicabile come se quest'ultima fosse direttamente richiamata dalla *lex fori*, non già in via indiretta, attraverso il rinvio, ma in via primaria.

<sup>(42)</sup> Un'autonomia, che risulta anche dalle eccezioni previste dall'art. 13 della legge di riforma, che elenca una serie di casi in cui del rinvio non si debba tener conto (volontà delle parti, forma degli atti, obbligazioni extracontrattuali: 2° comma, lettere a), b) e c) o se ne debba tener conto solo a certe condizioni (*favor filiationis*: 3° comma).

12. Un ulteriore, breve cenno agli ordinamenti plurilegislativi che offrono qualche utile spunto alla riflessione, con particolare riferimento agli Stati Uniti. Il sistema, come si è già ricordato, è a giurisdizione diffusa. Quel che subito colpisce è che il problema della costituzionalità delle leggi può venire all'esame sia dei tribunali dei singoli Stati membri che delle corti federali, e può d'altra parte riguardare sia la costituzione del singolo Stato che la costituzione federale. Gli organi di uno Stato membro hanno l'ultima parola in fatto di interpretazione delle norme costituzionali del proprio Stato, e le corti federali accetteranno tale interpretazione se riguardante materie di rilevanza strettamente relativa allo Stato membro. Le corti federali hanno invece l'ultima parola se è in giuoco la costituzione federale.

Nell'ambito di un sistema così complesso, l'unità di indirizzo è garantita dalla regola *stare decisis*, che opera tuttavia, come si è detto, su due livelli, statale e federale, i quali hanno la loro non sempre certa linea di demarcazione nel concetto di «materie di rilevanza strettamente relativa allo Stato membro». Siamo consapevoli che la disciplina dei rapporti privatistici è normalmente di esclusiva competenza «statale»; cionondimeno, essa può interessare principi generali consacrati nella costituzione federale, posti pertanto sotto la tutela di organi giudiziari del secondo livello. Il giudice del foro dovrà districarsi con molta perspicacia in questa multiforme realtà, interpretando con cognizione di causa i precedenti, valutando il diverso peso delle decisioni secondo il grado di giudizio, e tenendo conto che per certi rapporti il consolidamento di un dato principio attraverso lo *stare decisis* si realizza compiutamente nell'ambito statale, mentre per altri, in assenza di pronunce di livello federale, bisognerà procedere con maggiore cautela.

13. Un ultimo punto, per quanto di non frequente rilevanza pratica, merita di essere esaminato: il problema della costituzionalità delle norme straniere di conflitto. Tale problema può presentarsi in caso di rinvio, quando cioè la *lex causae* declini la propria competenza e, attraverso una propria norma di diritto internazionale privato, designi un'altra legge, che, porrebbe essere o la stessa *lex fori* (rinvio indietro) o la legge di uno Stato terzo (rinvio altrove).

La questione che si pone è se sia ammissibile una valutazione della costituzionalità della norma che è responsabile del rinvio. Il problema della costituzionalità delle norme di diritto internazionale privato è noto e ha dato luogo a opposte tesi fra quanti, sottolineando il carattere «strumentale» delle stesse, escludono che la que-

stione possa porsi, e quanti invece la ammettono<sup>(43)</sup>. Come si sa, nel nostro Paese è prevalso il primo orientamento, che si è imposto a proposito dell'art. 18 delle disposizioni preliminari che, per il fatto di adottare, per la disciplina dei rapporti personali fra coniugi che non abbiano mai avuto una cittadinanza comune la legge nazionale del marito al momento del matrimonio, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, che lo ha ritenuto in contrasto con gli articoli 3 e 29 della Costituzione<sup>(44)</sup>. Ora, supponendo che la legge straniera richiamata contenga una norma censurabile sotto il profilo della costituzionalità, e che essa operi un rinvio (indietro o altrove), vi è da chiedersi se il giudice italiano possa sollevare la questione. Naturalmente, nel porre il problema, si dà per presupposto che l'ordinamento straniero abbia principi costituzionali in giuoco, come è accaduto in Italia a proposito dell'art. 18 disp. prel. A nostro avviso, dovendo l'interprete del nostro Paese garantire una disciplina del rapporto per quanto possibile identica a quella assicurata dall'ordinamento richiamato, la soluzione del problema dipenderà dall'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza del suddetto Stato per quanto riguarda l'impugnabilità delle norme di conflitto sotto il profilo costituzionale. Se questa possibilità è del tutto esclusa, il giudice del foro, in linea di massima, non potrà far altro che escluderla a sua volta, e seguirà il rinvio operato dalla *lex causae* senza sindacare i criteri di collegamento su cui tale rinvio viene fondato. Ma il discorso vale solo a condizione che i principi costituzionali stranieri teoricamente in giuoco siano ideologicamente irrilevanti per la *lex fori*. In caso contrario, la soluzione non potrà essere quella indicata. Si immagini che, in materia di rapporti personali fra coniugi, la *lex causae*, individuata in base alla nazionalità comune dei coniugi ex art. 29 della legge 218, rinvii alla legge della cittadinanza del marito al momento del matrimonio, e che tale cittadinanza risulti diversa da quella attuale posseduta in comune dai coniugi. Quand'anche nell'ambito della *lex causae* prevalesse la tendenza a negare rilevanza costituzionale alle norme di diritto internazionale privato, rimarrebbe pur sempre da valutare il contrasto di tale norma con gli articoli 3 e 29 della Costituzione italiana, cioè col nostro ordine pubblico. Di-

(43) Non è ovviamente questa la sede per trattare l'argomento, che ha dato luogo a una vasta letteratura, soprattutto in Germania e in Italia. Si veda BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 62 ss.

(44) Sul tema, si veda *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità. Atti del convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte costituzionale (Padova, 16 marzo 1988)* (a cura di Barel e Costantino), Padova, 1990.

fatti, la soluzione adottata dalla *lex causae* apparirebbe discriminante a danno della moglie. La situazione potrebbe apparire paradossale nell'ipotesi in cui il rinvio operasse « indietro », favorendo l'applicazione della legge italiana. Non sembra però che quest'ultima evenienza possa influire sulla soluzione del problema, dal momento che il contrasto con l'ordine pubblico, nell'ipotesi fatta, riguarderebbe non già la disciplina sostanziale applicabile — che, essendo quella italiana, non offrirebbe, evidentemente, motivi di rigetto —, ma il criterio della nazionalità del marito al momento del matrimonio, adottato dalla *lex causae*, che metterebbe in atto una discriminazione nella sua pura funzione strumentale (per chi crede a tale profilo), indipendentemente dai risultati finali prodotti nel merito (che potrebbero essere perfino più favorevoli alla moglie). Ne deriva che la norma di conflitto straniera dovrebbe essere rigettata ex art. 16 della legge di riforma. Resta da chiarire il seguito da dare alla questione. L'art. 16, 2° comma, prescrive, come già si è ricordato, in caso di intervento dell'ordine pubblico, l'utilizzo di « altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa », prima di suggerire, come *extrema ratio*, l'applicazione della *lex fori*. Vi è da chiedersi se questa soluzione sia da seguire nel caso di specie, visto il carattere « strumentale » della norma incriminata. In verità l'art. 16, nella sua formulazione, parlando di « ipotesi normative » sembra fare riferimento alle norme che dettano la disciplina sostanziale delle varie categorie astratte di rapporti. Non sembra proprio che la norma tenga presente la problematica qui esaminata, che, sia detto tra parentesi, appare frutto, a nostro giudizio, di un'interpretazione alquanto forzata. D'altra parte, nell'intento del legislatore, il rinvio è ammesso entro limiti ben definiti: a parte i casi esplicitamente esclusi o precisati nel 2° e nel 3° comma dell'art. 13, esso è accolto incondizionatamente quando chiama in causa la *lex fori*, mentre funziona rispetto a un ordinamento terzo solo se quest'ultimo lo accetti. Nel caso dunque che tale ordinamento non accolga il richiamo, cioè non si consideri, in un modo o nell'altro, legittimato a regolare il rapporto<sup>(45)</sup>, la competenza ritorna alla *lex causae* origi-

<sup>(45)</sup> Questo punto non ha avuto da parte della dottrina l'approfondimento che avrebbe meritato. L'accettazione del rinvio non si identifica necessariamente nella condivisione del criterio di collegamento usato dall'ordinamento che ha effettuato il rinvio. Può infatti accadere che l'ordinamento terzo utilizzi nominalmente lo stesso criterio, ad esempio il domicilio, ma ne dia un'interpretazione tale da ritenere l'individuo domiciliato fuori del proprio territorio, in un altro Stato, il che porterebbe alla competenza normativa di quest'ultimo, cioè a non accettare il rinvio. Per converso, non si può escludere che lo Stato terzo, pur adottando un criterio di collegamento

nariamente designata. Nell'intenzione del legislatore, quindi, solo il rinvio giunto a buon fine porta ad escludere l'applicazione della legge materiale dell'ordinamento richiamato. Se questa interpretazione è esatta, anche il caso in cui il rinvio non può essere assecondato perché la norma che lo effettua è incompatibile con l'ordine pubblico della *lex fori* può farsi rientrare in un'ipotesi più generale, quella di « rinvio che non giunge a buon fine », e deve quindi ritenersi che faccia rivivere la competenza dell'ordinamento designato in via primaria. Il legislatore dunque non rinuncia del tutto alla competenza della legge designata in prima battuta dalla propria norma di conflitto: la esclude solo nel caso in cui il rinvio da essa operato giunga in porto; al di fuori di questa ipotesi, « recupera » tale competenza, anche se l'ordinamento richiamato la respinge. Se quanto osservato può essere condiviso, il caso in cui il rinvio non può essere assecondato perché la norma che l'effettua è incompatibile con l'ordine pubblico della *lex fori*, può essere considerato alla stessa stregua: si tratta in sostanza di un'ipotesi in cui il rinvio non può avere un seguito e quindi lascia rivivere la legge sostanziale designata in via primaria. L'eliminazione dal circuito normativo della norma di conflitto della *lex causae* non può avere effetti diversi a seconda che dipenda dal rifiuto dell'ordinamento terzo o dal contrasto con l'ordine pubblico dell'ordinamento interno. Il motivo del fallimento del rinvio non incide sulla normativa sostanziale che risulta applicabile e che sarà comunque soggetta nel merito ad un separato giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico della *lex fori*.

Ulteriore problema è quello riguardante la costituzionalità delle norme di conflitto dell'ordinamento terzo, che siano responsabili della « non accettazione » del rinvio. Il controllo di legittimità può rivelarsi utile perché potrebbe disattivare tale « non accettazione » e quindi influire, alla fine, sull'individuazione della legge sostanziale applicabile<sup>(46)</sup>. Una prima ipotesi è che l'ordinamento terzo non preveda un controllo del genere, né diffuso, né accentrato (vuoi

diverso da quello che ha operato il rinvio a suo favore, finisca per accettare tale designazione se quel diverso criterio opera comunque nella stessa direzione (ad esempio, il rinvio è basato sul criterio della cittadinanza, e lo Stato nazionale, che viceversa adotta il criterio del domicilio, si considera comunque competente perché il soggetto di cui si tratta è domiciliato sul suo territorio).

<sup>(46)</sup> Ad esempio, qualora l'ordinamento terzo designasse la legge di un altro Stato — quindi non accettasse il rinvio — utilizzando una norma di conflitto ritenuta incostituzionale, esso potrebbe, in virtù di una norma sussidiaria ricavata dal sistema per colmare la lacuna, riconoscere la propria competenza, in modo tale che il rinvio risulterebbe alla fine « accettato ».

per scelta costituzionale, come si è visto per la Gran Bretagna e la Francia, vuoi perché non si ammette che le norme di conflitto possano formare oggetto di una valutazione simile). In questo caso, il giudice interno terrebbe conto di tali norme e quindi della non accettazione del rinvio da esse causato, applicando al rapporto il diritto materiale dell'ordinamento designato in prima battuta. Se invece il controllo fosse previsto, il quesito da porsi è se il nostro giudice debba procedere secondo i criteri illustrati in precedenza, come se l'ordinamento terzo fosse direttamente richiamato dalla *lex fori*, oppure debba tener conto dell'ordinamento «rinviante», cioè dell'ordinamento richiamato in prima istanza. Si tratta di chiarire se quest'ultimo ordinamento sia definitivamente tagliato fuori oppure no. La risposta dipende da un approfondimento dei motivi che hanno indotto il nostro legislatore ad adottare una soluzione favorevole al rinvio. Ora, ci sembra di poter dire che, con la soluzione adottata, si è voluto evitare, nei limiti del possibile, l'applicazione al rapporto di una legge che non si considera competente a regolarlo. L'auto-collegamento, infatti, deve essere considerato la migliore conferma della buona scelta fatta dal legislatore nel richiamare un ordinamento straniero. Il richiamo, infatti, è basato sulla convinzione che l'ordinamento in questione sia il più idoneo allo scopo: ora, come si può continuare a ritenerlo, se esso stesso rifiuta tale ruolo? Da qui la scelta favorevole al rinvio, purché, però, sia «accettato». Quest'ultimo limite è evidentemente una violenza alla razionalità di quella scelta, che a rigore dovrebbe giungere fino in fondo; ma subentra, come è noto, l'esigenza pragmatica di evitare un eventuale circolo vizioso che potrebbe derivare da un succedersi di rinvii. Si arriva allora a stabilire che la *lex causae*, indicata dalla norma di conflitto della *lex fori*, dovrà essere applicata nonostante il suo rifiuto. Ora, l'accertamento della non accettazione del rinvio compete alla *lex fori* e non alla legge richiamata, la quale potrebbe invece, essendo al primo richiamo, favorire una soluzione che vada oltre. Dunque, se la *lex fori* stabilisce che la non accettazione determina il ritorno alla legge materiale della *lex causae*, contro la stessa volontà di quest'ultima, ne consegue che anche la fase dell'accertamento della costituzionalità delle norme responsabili di quella «non accettazione» appartiene alla *lex fori*. Sarà dunque il nostro giudice a valutare tale profilo, verificando, in sintonia con gli orientamenti e i principi dell'ordinamento in questione: *a*) in primo luogo, se la designazione di un'ulteriore legge sia basata su criteri costituzionalmente legittimi e quindi dia luogo alla «non accettazione» del rinvio; *b*) in secondo luogo, in caso di illegittimità di tali

criteri, se la soluzione ausiliaria, operando attraverso un criterio sussidiario, conduca ugualmente a un terzo ordinamento, quindi, anche in questo caso, a una non accettazione; *c*) in terzo luogo, se tale criterio sussidiario, operando all'indietro, rimuova il rifiuto iniziale e sfoci nella competenza della legge materiale dell'ordinamento suddetto, rendendo «accettato» quel rinvio che inizialmente non lo era.

GIORGIO BADIALI