

Francesco Salerno \*

### *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*

Nella giurisprudenza italiana più recente la nozione di ordine pubblico viene agganciata ai principi fondamentali della Costituzione, se del caso integrati con norme e principi di diritto internazionale ed europeo. Non rilevano indicazioni contenute in leggi dello Stato, a meno che si tratti di disposizioni che rappresentino la sola possibile materializzazione di principi costituzionali. Questa soluzione determina una effettiva equiparazione tra *lex fori* e diritto straniero, così allargando l'apertura dell'ordinamento italiano verso leggi, sentenze o altri atti pubblici di ordinamenti estranei. L'equiparazione si estende anche alle norme di diritto internazionale privato rendendo maggiormente coerenti talune soluzioni normative già presenti nella legge italiana di diritto internazionale privato ovvero prospettando alcune soluzioni interpretative assolutamente innovative.

#### *1. Premessa: l'ordine pubblico e la dottrina delle fonti nel diritto internazionale privato*

È caratteristica propria del diritto internazionale privato e processuale l'apertura verso norme di diritto straniero o provvedimenti assunti da autorità straniere. Tale funzione persegue lo scopo di uniformità di regolamentazione nello spazio perché il coordinamento del foro con ordinamenti statali stranieri è funzionale alle esigenze di certezza del diritto dei privati. L'ordinamento del foro ritiene che tali esigenze siano meglio soddisfatte appunto ritraendo la propria funzione (sovrana) tanto legislativa che giurisdizionale e rimettendola conseguentemente alle corrispondenti determinazioni di Stati esteri e relative autorità. Questo arretramento avviene perché disposto dall'ordinamento statale in armonia con proprie norme o con norme di diritto internazionale privato uniforme vincolanti lo Stato del foro. In ogni caso, si tratta di una limitazione di funzioni sovrane voluta dallo Stato del foro in coerenza con la propria visione di certezza del

---

\* Professore ordinario nell'Università degli studi di Ferrara.

diritto e perciò non costituisce una rinuncia irreversibile alla propria sovranità legislativa o giurisdizionale.

Del resto, lo Stato del foro modula diversamente questa tecnica di apertura a tutela di proprie considerazioni materiali. Le soluzioni al riguardo sono diverse e operano su più piani. Nel campo del diritto applicabile, la formulazione di un criterio di collegamento legislativo viene condizionata dal principio costituzionale di uguaglianza in relazione a fattispecie che lo richiedono<sup>1</sup>. In modo ancora più netto, valori materiali possono condizionare il richiamo al diritto straniero ovvero renderlo inoperante. Per impedire l'ingresso di norme estranee che ledono propri valori essenziali, lo Stato del foro ricorre al limite dell'ordine pubblico. Fenomeni affini hanno luogo nel diritto processuale civile internazionale: la possibile efficacia di sentenze e provvedimenti stranieri viene preclusa dal limite dell'ordine pubblico<sup>2</sup>.

È dunque evidente la centralità che riveste la determinazione del parametro di ordine pubblico. Esso opera alla stregua di un "compasso" che delinea "a valle" il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento del foro verso valori giuridici estranei.

Un limite dell'ordine pubblico costituito da regole puntuali della *lex fori* renderebbe oltremodo problematica ogni ipotesi di apertura al diritto straniero se non nei termini in cui la norma o il provvedimento straniero siano identici per contenuto alla *lex fori* e alla sua concreta applicazione. Diversamente, il riferimento ad un parametro più flessibile costituito dal richiamo a "principi" di ordine pubblico autonomi dalla *lex fori* e ricavati da un processo di astrazione più elevato permette una assai più ampia circolazione di valori estranei. Solo nella seconda ipotesi, il diritto (o il provvedimento) straniero deve misurarsi con un nucleo di valori concettualmente distinto dal modello strettamente legeristico.

Perciò, su un piano più generale, la questione dell'ordine pubblico richiama l'attenzione sulle formule che all'interno di un ordinamento statale ne determinano le caratteristiche identitarie complessive. La concezione tradizionale, tramandataci dalla dottrina dommatica della prima metà del secolo scorso, non poteva che riferirsi al modello regolatorio compiuto espresso dalla *lex fori* in ragione del postulato secondo cui ogni ordinamento giuridico statale ha, nel contempo, un carattere "esclusivo" ed "esaustivo"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>2</sup> Cfr., per il diritto internazionale privato comune, gli articoli 64, 65, 66 e 68 della legge n. 218/1995. Vedi anche l'art. 18 dell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

<sup>3</sup> Vedi *infra*, nota 9.

Ma tale approccio risulta sempre meno plausibile per il carattere complesso della società statale contemporanea che mette in evidenza l'obiettivo integrazione degli Stati in spazi giuridici sovranazionali o internazionali. Il fisiologico operare dell'ordinamento giuridico espresso da una società aperta non può quindi essere né esclusivo né tanto meno esaustivo. Al tempo stesso, però, l'ordinamento giuridico di una data comunità statale deve mantenere le proprie caratteristiche identitarie quali espressioni di uno Stato costituzionalmente sovrano<sup>4</sup>. È in queste condizioni che l'ordinamento giuridico statale, nel mentre rinuncia al carattere esclusivo e esaustivo del proprio modello regolatorio, deve ritrovare ed enfatizzare la propria identità intorno a principi fondamentali che esprimono i valori di fondo di una data comunità statale. Tra tali valori figura pure il principio di apertura al diritto di origine estranea, ma coordinato e condizionato da altri valori fondamentali riconducibili alla identità propria di quella comunità statale<sup>5</sup>. Questa impostazione non può che essere svolta sul piano costituzionale perché ormai i sistemi statali si caratterizzano in base all'assetto costituzionale – scritto o non scritto – su cui si reggono. La Costituzione riflette nel contempo le tradizioni giuridiche nazionali sia rispetto al “compasso” con cui opera l'apertura verso il diritto straniero, sia sul modo con cui la Costituzione definisce i valori fondamentali per l'ordinamento statale.

Se l'ordine pubblico viene compreso all'interno di principi fondamentali della Costituzione, si favorisce maggiormente l'apertura al diritto straniero ma, così facendo, si riduce la flessibilità dell'ordine pubblico perché ostacolata dalla qualità precettiva di tali principi. D'altronde, è difficile rifuggire dalla natura propriamente costituzionale dell'ordine pubblico, nonostante la circostanza che esso sia normalmente evocato in norme di legge ordinaria (ad esempio, gli articoli 16 e 64 della legge n. 218/1995). La questione andrà risolta avendo presente che il suo operare “a valle” interferisce con la determinazione – appunto di rilevanza costituzionale – sull'apertura operata dall'ordinamento del foro verso valori stranieri cui è correlata una compressione delle funzioni sovrane dello Stato del foro<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Non convincono pertanto le prospettive recenti intorno al c.d. “diritto globale”: CASSESE (S.), *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003, spec. pp. 7-13; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, p. 10 s.; FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IV, p. 547 ss.; più cauto DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 16 ss.

<sup>5</sup> Sulla concezione pluralista degli ordinamenti giuridici resta fondamentale l'insegnamento di Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1946, ristampata nel 1977 a Firenze.

<sup>6</sup> *Infra*, paragrafi 5 ss.

Di riflesso, l'assetto dato all'ordine pubblico si riflette sul valore del diritto straniero richiamato o del provvedimento straniero reso efficace e, più in generale, sulla funzione stessa del diritto internazionale privato.

## 2. La nozione legefioristica dell'ordine pubblico

Anche la dottrina più incline verso un'accezione legefioristica dell'ordine pubblico ne ha messo in luce la valenza "internazionale" ogni qual volta opposto quale limite all'efficacia del diritto (o provvedimento) straniero. Questa puntualizzazione si è sempre resa necessaria per tenere ben distinto l'ordine pubblico quale ostacolo alla circolazione di valori estranei dal c.d. ordine pubblico "interno", espresso a sua volta da norme "che hanno un carattere imperativo semplicemente nei riguardi interni, cioè nel senso che i privati non possono derogarvi con autonome disposizioni"<sup>7</sup>.

Nonostante una simile puntualizzazione, l'ordine pubblico restava però ingabbiato nella concezione rigorosamente positivista e statalista quale affermata nella prima parte del Novecento.

A partire dalla *Teoria del diritto internazionale privato* di Ago del 1934<sup>8</sup>, la dottrina e soprattutto la prassi italiana di diritto internazionale privato erano prevalentemente orientate a considerare le norme di diritto internazionale privato quale parti dell'ordinamento statale cui afferivano e del quale riflettevano il carattere "esclusivo"<sup>9</sup>. Sulla scia della dottrina dommatica di Perassi, Ago assegna natura pubblicistica alle norme di diritto internazionale privato<sup>10</sup> perché deputate a "riprodurre" nell'ordinamento interno la norma del diritto straniero richiamato<sup>11</sup>. La sua "nazionalizzazione" implicava

---

<sup>7</sup> AGO, *Le norme di diritto internazionale privato nel progetto di Codice Civile*, Roma, 1931, p. 56.

<sup>8</sup> La *Teoria* fu edita a Padova. Le indicazioni formulate da Ago in questo volume sono riprese e in buona misura sintetizzate in AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato, Parte generale*, Milano, 1939, con ristampa inalterata nel 1955: di seguito si farà riferimento a quest'ultima edizione.

<sup>9</sup> AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 32. Vedi anche MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 74.

<sup>10</sup> AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 61; cfr. altresì LUZZATTO, *La giurisprudenza italiana en matière de droit international privé (1961-1963)*, in *Comunicazione e studi*, XII, 1966, p. 782. Più ampiamente *infra*, par. 6 e note 55-56.

<sup>11</sup> Una simile accezione pubblicistica impedì che in Italia si radicesse una concezione "privatistica" del diritto internazionale privato quale espressa in particolare da BALLADORE PALLIERI (*Diritto internazionale privato*, Milano, 1946, p. 38 ss.; Id., *Diritto internazionale*

una vera e propria incorporazione<sup>12</sup> che formalizzava “il diritto soggettivo nell'individuo a ottenere l'applicazione di quella legge dichiarata dal legislatore competente a regolare sostanzialmente il rapporto”<sup>13</sup>.

In questa cornice dommatica, il diritto straniero era costretto ad amalgamarsi compiutamente con il diritto nazionale e ne diventava a tutti gli effetti parte. Il rapporto tra *lex fori* e *lex causae* (straniera) non poteva perciò essere autenticamente paritario, nonostante che le norme di conflitto formulate nelle disposizioni preliminari prima nel codice civile del 1865 e poi in quello del 1942 avessero una struttura formalmente bilaterale perché il richiamo al diritto straniero era sullo stesso piano del richiamo al diritto nazionale<sup>14</sup>. Il diritto straniero era infatti deputato ad integrarsi in un ordinamento che si assumeva esclusivo ed esaustivo. Così, valendo come parametro il modello regolatorio della *lex fori*, emergevano non poche incertezze riguardo la possibilità che un istituto ad essa sconosciuto facesse ingresso nell'ordinamento interno, tanto più se sussisteva una puntuale preclusione legislativa in tal senso. Ne costituiva un caso emblematico la vicenda delle *Anstalten*, società (almeno inizialmente) unipersonali costituite sulla base della legge del Lichtenstein<sup>15</sup>, al cui riconoscimento nell'ordinamento italiano si era talora opposto in passato il limite dell'ordine pubblico<sup>16</sup>.

I limiti di tale approccio venivano solo in parte superati da quell'indirizzo giurisprudenziale che preferiva richiamarsi ai “principi informatori” o “fondamentali” dell'ordinamento giuridico<sup>17</sup>. Si trattava di un parametro certamente più elastico, che a volte si saldava con le “concezioni sociali

---

*privato italiano*, Milano, 1974, p. 36 ss.).

<sup>12</sup> AGO, *Lezioni*, cit., p. 59 s.

<sup>13</sup> Così anche SALVIOLI, *Diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia Italiana*, XII, 1950, p. 1005.

<sup>14</sup> LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano. 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milano, 1993, parla di “perfetta bilateralità” delle norme di diritto internazionale privato italiano.

<sup>15</sup> Cfr.: PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di “Anstalten” e “Treuunternehmen” nell'ordinamento italiano*, in *Com. Studi*, vol. XV (1978), p. 85 ss., spec. p. 121 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 613 ss.

<sup>16</sup> Cfr., tra le altre decisioni, Trib. Trieste, 27 febbraio 1974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 90 ss., e Trib. Milano, 31 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 130 ss., con nota critica di LUZZATTO. Il problema va ormai considerato superato, data la formulazione dell'art. 25, 1° comma, della legge n. 218/1995, che regola la *lex societatis* in relazione a società o ente similare, “anche se privo di natura associativa”.

<sup>17</sup> Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Riv. dir. int.*, 1970, p. 592; App. Lecce, 14 febbraio 1972, in *Rivista*, 1972, p. 844.

e morali vigenti nella organizzazione statale”<sup>18</sup>, ma queste non dovevano mai apparire come espressione autonoma dal diritto formalmente posto<sup>19</sup>: occorreva considerare il *corpus iuris* “nel suo insieme”<sup>20</sup>, ma sempre e soltanto con riferimento all’ordinamento giuridico italiano.

Le norme internazionali, ed in particolare quelle che vincolano gli Stati a rispettare norme uniformi di diritto internazionale privato, venivano “marginalizzate” in ragione del loro carattere speciale<sup>21</sup>. Per una duplice ragione: l’una, con riferimento allo speciale procedimento di adattamento che ne consentiva l’ingresso nell’ordinamento<sup>22</sup>; l’altra, per rispetto – ancora una volta – del senso di compiutezza di un “sistema” di diritto internazionale privato che poteva essere espresso solo da regole e principi di diritto interno. Conseguentemente, in passato le norme di diritto internazionale (peraltro assai più scarse che nella fase attuale) non interferivano nella formazione e rilevazione dell’ordine pubblico del foro. La determinazione di questo parametro avveniva inevitabilmente in base alla *lex fori* quale espressa dalle leggi ordinarie dello Stato. Ne costituiva una conferma puntuale l’art. 797 cod. proc. civ. che configurava (n. 7) il limite dell’ordine pubblico “italiano” all’efficacia di sentenze straniere.

### 3. *Il continuum tra comunità statale e comunità internazionale nella formazione e rilevazione dell’ordine pubblico internazionale*

Nella seconda metà del Novecento, Giuseppe Barile avvia un ripensamento della concezione dell’ordine pubblico quale ereditata dalla tradizione dommatica italiana di diritto internazionale privato. Barile contestava esplicitamente quello schema utilizzando sia la pregressa esperienza storica del diritto internazionale privato, sia la sua peculiare funzione di coordinamento tra sistemi. La prima, che risale alla fase statutaria del Medio Evo e poi ancora ai primordi dell’Età moderna, evidenziava valori universali che circolavano nelle comunità parziali e ne contaminavano in vario modo l’identità. Poi soggiungeva la funzione del diritto internazionale

<sup>18</sup> Trib. minorenni, Torino, 23 febbraio 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 786; App. Milano, 20 maggio 1975, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 367.

<sup>19</sup> Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 120.

<sup>20</sup> App. Milano, 8 ottobre 1976, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 603.

<sup>21</sup> Cfr. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 366 ss.

<sup>22</sup> PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Parte seconda, Roma, 1938, p. 26 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 293.

privato moderno, che poteva essere adeguatamente svolta solo “aprendo” gli ordinamenti statali alle esigenze di uniformità di regolamentazione nello spazio<sup>23</sup>.

Per spezzare il monopolio statale nella determinazione del limite dell'ordine pubblico, Barile risale alla formula del diritto spontaneo ed utilizza il modello anglo-sassone circa la continuità tra diritto consuetudinario di origine interna e diritto consuetudinario di origine internazionale<sup>24</sup>. Egli focalizza l'ordine pubblico quale “diritto della coscienza”, idoneo per sua natura a fungere da collante unitario delle varie dimensioni – interna ed internazionale – del “diritto spontaneo”<sup>25</sup>. In questo *continuum* era possibile reperire quei fatti-prova che permettevano di rilevare i principi di ordine pubblico internazionale in “osmosi” tra diritto interno e diritto internazionale<sup>26</sup>. Il parametro così individuato assumeva quei connotati universalistici, sufficientemente ampi per favorire al massimo la circolazione dei valori.

Tale approccio trovava nell'ordinamento italiano un limitato aggancio nell'art. 10, 1° comma, Cost. che configura un'apertura continua dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Nell'impostazione di Barile ciò rafforza l'esistenza di un principio strutturale di apertura dell'ordinamento statale verso il diritto estraneo latamente inteso<sup>27</sup>.

Un suo allievo, Paolo Benvenuti, si pone nel solco di questa concezione universalistica dell'ordine pubblico, accentuando il rilievo della componente internazionalistica<sup>28</sup>. Lo coadiuva in tal senso la giurisprudenza nazionale dell'Ottocento, affatto condizionata dalla concezione statalista del diritto<sup>29</sup>. Ne emerge il convincimento “di un ordine pubblico internazionale nel vero senso della parola, di un ordine pubblico internazionale, cioè, che *si confonde con lo stesso diritto internazionale*”<sup>30</sup>. Benvenuti accentua quindi la

<sup>23</sup> BARILE, *La fonction historique du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 116 (1965), p. 301 ss.; ID., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, pp. 22 ss. e 69 ss.

<sup>24</sup> BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno. Rapporti fra sistemi omogenei ed eterogeni di norme giuridiche*, Milano, 1964.

<sup>25</sup> BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 72.

<sup>26</sup> BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale*, cit., p. 77 ss.

<sup>27</sup> BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale. Alcune considerazioni in tema*, Padova, 1987, p. 10 ss.

<sup>28</sup> BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

<sup>29</sup> Ivi, p. 18 ss.

<sup>30</sup> Ivi, p. 136, corsivo aggiunto.

concezione “internazionalistica” dell’ordine pubblico, assegnando a questo anche una funzione di garanzia dello stesso diritto internazionale. Infatti, nel momento in cui si assume che l’ordine pubblico è “internazionale nel vero senso della parola”, il richiamo a tale parametro diventa anche uno strumento di difesa dei valori giuridici internazionali (“assoluti”) ad opera del giudice nazionale<sup>31</sup>. L’indicazione è senz’altro pertinente, poiché evocare il limite dell’ordine pubblico consente allo Stato di evitare che l’applicazione del diritto straniero o il riconoscimento di un provvedimento straniero – lesivi, l’uno come l’altro, di valori internazionali – possa espandersi nello spazio ed evocare anche la responsabilità internazionale dello Stato del foro<sup>32</sup>.

In quanto direttamente ancorata ad esigenze precettive “assolute” della comunità internazionale, l’accezione internazionalistica dell’ordine pubblico quale configurata da Benvenuti si smarcava in sostanza dal vago richiamo giusnaturalistico al “diritto della coscienza”. L’ordine pubblico – proprio perché normativamente “internazionale” – apriva l’ordinamento statale a valori e diritti estranei assumendo a giustificazione di ciò gli stessi vincoli internazionali. Ma questi vincoli rilevavano nel caso di specie quali elementi identificativi essenziali della comunità statale tanto da essere fatti valere (anche) a difesa della stessa. Di riflesso, il limite dell’ordine pubblico è invocabile “solo in quanto la comunità [statale] particolare sia realmente offesa”<sup>33</sup>. Così Benvenuti introduce la propria accezione dell’ordine pubblico “attenuato”. Come è noto, si sono prospettate alcune concezioni riduttive del limite dell’ordine pubblico secondo la dottrina tedesca dell’*Inlandsbeziehung*<sup>34</sup>, ovvero evocando il concetto di *ordre public de proximité*<sup>35</sup>. Entrambe le concezioni mitigano, sia pure con argomentazioni diverse, il limite dell’ordine pubblico quando questo verrebbe opposto al

<sup>31</sup> Ivi, p. 138.

<sup>32</sup> Del resto, la stessa Corte di giustizia dell’UE ha avallato l’impiego del limite dell’ordine pubblico per evitare la violazione di principi fondamentali dell’ordinamento dell’UE. Si deve però trattare di un contrasto “inaccettabile” per l’ordinamento dell’Unione: Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2015, causa C-681/13, *Diageo Brands*, punti 44 e 51.

<sup>33</sup> BENVENUTI, *Comunità statale*, cit., p. 137.

<sup>34</sup> JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2007, *passim*; GAUDEMET-TALLON, *Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille*, in *A Commitment to Private International Law. Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 186.

<sup>35</sup> LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, vol. 196 (1986), p. 9 s.; COURBE, *L’ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 227 s.; Institute of International Law, risoluzione su “Cultural differences and ordre public in family private international law” (A, par. 3), adottata nella sessione di Cracovia del 2005.



diritto straniero in fattispecie che non sono sufficientemente connesse con l'ordinamento del foro. Anche Benvenuti si pone in questa prospettiva poiché giustifica il ricorso al limite dell'ordine pubblico unicamente nei casi in cui “la fattispecie concreta presenti ... un legame forte ed effettivo”, in quanto sarebbero questi i soli casi in cui la comunità statale sarebbe tenuta ad evitare la violazione di valori internazionali<sup>36</sup>.

#### 4. *La svolta giurisprudenziale a favore dell'ordine pubblico internazionale*

La valenza internazionalistica dell'ordine pubblico diventa tanto meno eludibile in materie nelle quali il diritto internazionale mostra una chiara vocazione valoriale direttamente rilevabile sul piano individuale o interindividuale. Questa prospettiva si è prima manifestata e poi accentuata nella seconda metà del Novecento a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Ne è seguito uno sviluppo, assai ampio ed articolato, di strumenti e regole a tutela dei diritti umani a livello tanto universale che regionale.

Gli obblighi che promanano da questi strumenti, oltre che avere natura solidale *inter partes*, hanno sovente valore consuetudinario e non poche volte di norme imperative. Tale significato si afferma anche a livello regionale, come testimonia la ricorrente affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui la Convenzione omologa rappresenta un “constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings”<sup>37</sup>.

L'emergenza di valori unificanti è diventata ancora più esplicita nell'ordinamento dell'UE con l'adozione della Carta europea dei diritti fondamentali che non solo ha assunto il medesimo valore formale dei Trattati istitutivi dell'UE ma la Corte di giustizia considera talora la prima superiore ai secondi<sup>38</sup>.

La dimensione multilivello della disciplina sui diritti umani crea un duplice fenomeno.

Per un verso, i soggetti privati percepiscono l'esistenza di fattori

<sup>36</sup> BENVENUTI, *Comunità statale...*, cit., p. 137.

<sup>37</sup> Corte EDU, sent. 12 dicembre 2001, *Bankovic c. Belgio e altri*, ric. n. 52207/99, par. 80, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

<sup>38</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, su cui vedi MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in <http://www.dirittounioneuropea.eu>, dicembre 2017, p. 14 s.

unificanti a livello internazionale e/o sovranazionale. Non può dunque eludersi l'aspirazione dei privati a ritrovare *anche* in quei fattori soddisfazione o riscontro delle proprie esigenze di certezza del diritto.

Per un altro, proprio questa continuità del diritto internazionale (o sovranazionale) con la dimensione privata dell'esperienza giuridica rafforza l'impatto potenzialmente pervasivo del diritto internazionale sull'ordinamento statale. In specie non appare eludibile il *continuum* tra diritto internazionale e diritto interno nel terreno elettivo dei diritti umani che è poi propriamente quello costituzionale. Questa condizione spiega l'affermazione nell'ultima parte del Novecento di quella giurisprudenza nazionale che riconosce contenuto "internazionale" all'ordine pubblico opponibile all'ingresso di valori estranei. Così, ad esempio, Cassazione 10 marzo 1995, n. 2788, stabilisce che l'ordine pubblico internazionale, da tenere concettualmente distinto dall'ordine pubblico interno, "va identificato con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento in un determinato momento storico e trovano la loro espressione in principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati"<sup>39</sup>. Il parametro di ordine pubblico veniva prima individuato coniugando unitariamente gli uni e gli altri e quindi fatto valere senza dare rilievo agli elementi di prossimità della fattispecie<sup>40</sup>.

La svolta giurisprudenziale si spiegava alla luce delle crescenti caratteristiche di "società aperta" che ormai connotavano l'ordinamento giuridico italiano. Di riflesso, andavano individuati corrispondenti elementi identitari di questo ordinamento adeguati a favorire l'applicazione nel foro di valori giuridici estranei. Ciò elevava la soglia dell'ordine pubblico ma non lo diluiva. Restava però il dubbio di stabilire in che misura operasse il sincretismo tra valori costituzionali e principi di origine internazionale. Dubbio che si riflette anche nei lavori preparatori della legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato, ed al quale i lavori preparatori danno una risposta. La Relazione ministeriale spiega per quale motivo l'art. 16 enunci il limite dell'ordine pubblico nell'applicazione di leggi straniere omettendone l'aggettivo "internazionale": questa omissione è avvenuta non certo per comprendervi anche l'ordine pubblico interno (comunque escluso) ma proprio per evitare di accogliere una volta per tutte "connotazioni propriamente internazionali del limite anzidetto"<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> In *Riv. dir. int.*, 1996, p. 1070, corsivo aggiunto. Vedi anche prima Cass., 8 gennaio 1981, n. 189, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 789 s.

<sup>40</sup> Vedi invece Cass., 24 novembre 1989, n. 5074, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 156 s.

<sup>41</sup> Cfr. *Relazione al disegno di legge n. 1192*, in *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, a cura di Pocar, Milano, 1997, p. 161. POCAR nella *Introduzione al nuovo diritto*

### 5. *L'esigenza di preservare l'identità costituzionale dello Stato alla prova dell'ordine pubblico internazionale*

D'altronde, quanto più si intensifica la dimensione internazionale o sovranazionale dell'ordine pubblico, tanto maggiore diventa l'esigenza di definirne i rapporti con l'assetto costituzionale dello Stato. La questione è ben presente negli stessi meccanismi costituzionali preposti a garantire il rispetto degli obblighi internazionali nell'ordinamento interno. L'apertura garantita dalla stessa Costituzione non può essere senza limiti di sorta, a rischio di perdere la stessa sovranità costituzionale dello Stato. Infatti la Corte costituzionale è impegnata a determinare la profondità di tali limiti, specie in relazione al tipo di garanzia costituzionale che entra in giuoco<sup>42</sup>. Ma la tutela dei diritti fondamentali è una materia rispetto alla quale la Corte costituzionale non lascia intravedere una compressione di sovranità costituzionale<sup>43</sup>. La Corte lo aveva già escluso in relazione alla CEDU<sup>44</sup> e lo ha poi fatto intendere anche in relazione alla Carta europea dei diritti fondamentali<sup>45</sup>. L'affermazione prescinde dal carattere immediatamente applicabile delle norme contenute nella Carta (che la Cassazione ha riconosciuto anche di recente<sup>46</sup>), come pure elude il rango primario che la

---

*internazionale privato italiano*, ivi, p. 40 nota 63, richiama opportunamente l'accezione internazionalista dell'ordine pubblico propugnata da Barile. Escludono altresì il carattere esclusivo del parametro internazionalistico MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, 2017, p. 266.

<sup>42</sup> I parametri sono differenti secondo che si considerino le norme internazionali garantite dall'art. 10, 1° comma, e dall'art. 11 – le quali assumono un rango equivalente a quello di norme costituzionali – o le altre norme internazionali che invece rientrano nella sola garanzia dell'art. 117, 1° comma, formalmente ricondotte al rango di “norma interposta”.

<sup>43</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.1.

<sup>44</sup> Nella sentenza 24 ottobre 2007, n. 349 (par. 6.1), la Corte costituzionale ha escluso che vi rientri la CEDU, dal momento che “i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità”

<sup>45</sup> Nella sentenza 14 dicembre 2017, n. 269 (par. 5.2), la Corte costituzionale ha stabilito – con un ragionamento *obiter dictum* che non era neppure determinante ai fini del *thema decidendum* – “che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”.

<sup>46</sup> Cassazione (sez. I pen.), 26 ottobre 2017 n. 49242 *Lucky Haruna*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 287 ss., par. 3.2.

Carta riveste nell'ordinamento dell'UE<sup>47</sup>.

La stessa Corte costituzionale ha dovuto prendere atto del necessario confronto tra fonti internazionali e nazionali in materia di diritti umani. Da qui la sua giurisprudenza tesa a determinare una sorta di integrazione funzionale tra Costituzione e testi internazionali a tutela dei diritti umani. La tecnica utilizzata in proposito è quella di integrare “al più alto livello possibile” le norme internazionali a tutela dei diritti umani con le norme costituzionali a garanzia dei diritti fondamentali<sup>48</sup>.

Tale approccio è però solo in parte in linea con l'accezione internazionalistica dell'ordine pubblico quale prospettata da Barile e sviluppata da Benvenuti. Invero Barile si era preoccupato di valutare il modo in cui la Costituzione interagisse con la determinazione dell'ordine pubblico. A suo avviso, dalla Costituzione erano ricavabili “fatti-prova” particolarmente qualificati per rilevare l'ordine pubblico internazionale<sup>49</sup>, ma era “sostanzialmente impensabile che si [potessero] rilevare nella coscienza giuridica della comunità nazionale, valori in contrasto con quelli affermati direttamente dal sistema giuridico interno”<sup>50</sup>. Questa tendenziale coincidenza non confluiva per Barile in manifestazioni di “sovranismo costituzionale”, poiché concettualmente la Costituzione non doveva avere valenza esclusiva nella rilevazione dell'ordine pubblico internazionale. A tal fine era legittimo e dovuto rilevare l'ordine pubblico internazionale anche facendo riferimento a “leggi ordinarie” o ad “altri fatti”<sup>51</sup>. Perciò per Barile restava possibile rilevare principi di ordine pubblico internazionale che non coincidessero “con alcun principio costituzionale”<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Vedi *supra*, nota 38.

<sup>48</sup> Questa “osmosi verso l'alto” trova specialmente conferma nell'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost., la cui evocazione dei “diritti inviolabili” della persona viene considerata suscettibile di arricchirsi con garanzie ed istituti innovativi, come l'unione civile omosessuale: Corte costituzionale: 15 aprile 2010, n. 138, par. 8, e 11 giugno 2014, par. 5.5.

<sup>49</sup> BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale*, cit., p. 22.

<sup>50</sup> BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., p. 17 s.

<sup>51</sup> BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale*, cit., p. 19; ID., in *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, p. 134.

<sup>52</sup> BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale*, cit., p. 73, nota 6.

## 6. *Costituzione e diritto internazionale privato*

L'impostazione che Giuseppe Barile dava alla rilevazione dell'ordine pubblico internazionale ne rispecchiava certamente l'idea che si trattasse essenzialmente di diritto spontaneo sia pure "positivamente" condizionato dalle norme dell'ordinamento giuridico, ed in particolare da quelle di più elevato grado. La cautela di Barile verso una concezione dell'ordine pubblico pienamente assorbito nella Costituzione o nei suoi principi fondamentali rifletteva un più ampio atteggiamento della dottrina internazionalprivatistica (non solo italiana) restia a ricondurre pienamente il diritto internazionale privato nel solco della Costituzione dello Stato del foro. Dottrina e prassi europee erano fortemente influenzate dalla concezione che Savigny aveva espresso riguardo le norme di diritto internazionale privato come una sorta di diritto (spontaneo e frutto di formule razionali universali) che rifuggiva dalla codificazione. Le codificazioni nazionali avevano incrinato in taluni paesi questo schema originario, ma non era mai venuta meno la peculiarità del diritto internazionale privato come disciplina speciale rispetto al diritto comune. Del resto, il pensiero statalista più radicale non rifuggiva dal confronto con altri modelli stranieri alla ricerca di tecniche ed istituti condivisi, anche se il carattere concettualmente esclusivo dell'ordinamento del foro riduceva la prospettiva comparatistica e soprattutto la sua incisività<sup>53</sup>.

La crisi del modello statalista aveva peraltro riportato in auge lo schema universalistico savignano, di modo che le norme comuni attraverso cui si concretizzava la codificazione del diritto internazionale privato venivano variamente manipolate in relazione al loro scopo di pervenire ad una regolamentazione uniforme nello spazio. Tale obiettivo risultava tanto più perseguibile quanto meno condizionato dal diaframma dei diritti nazionali. Perciò la Costituzione, per quanto fosse l'espressione massima del diritto positivo dello Stato, non doveva ostacolare il pieno dispiegamento di questa funzione<sup>54</sup>.

Questo atteggiamento non poteva reggere alla prova della storia.

La Costituzione di uno Stato – ormai solitamente espressa in forma scritta e con carattere di rigidità – deve rappresentare, in ultima analisi, la fonte formale e materiale di legittimazione di ogni "diritto" operante

<sup>53</sup> Cfr. SALERNO, *Il ruolo dei giuristi italiani nell'evoluzione europea del diritto internazionale privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, p. 111.

<sup>54</sup> Ciò viene ammesso anche da BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., p. 11, quando così scrive: "Perché l'uniformità di regolamento nello spazio possa essere adeguatamente raggiunta nel maggior numero di casi, [le norme straniere richiamate] devono potersi applicare nel territorio nazionale anche se, conformi ai principi del loro sistema, non collimino con la nostra Costituzione".

nell'ordinamento statale. Già nella prima parte del Novecento, la dottrina italiana di matrice pubblicistica aveva fatto riferimento alla natura costituzionale delle norme di diritto internazionale privato in quanto fonti (norme) sulla produzione giuridica<sup>55</sup>, per giustificare la loro idoneità a richiamare norme straniere "riproducendole" in norme nazionali<sup>56</sup>. Le une e le altre integravano l'assetto delle fonti e più in generale delle funzioni pubblicistiche dell'ordinamento statale e quindi dovevano *naturaliter* operare a livello costituzionale. Certamente vi era l'esigenza dommatica di ribadire concettualmente il monopolio del diritto statale anche nel richiamo al diritto straniero. Ma quella dottrina aveva il pregio di rilevare la valenza costituzionale delle norme di diritto internazionale privato in ragione della loro idoneità ad integrare il sistema delle fonti domestiche di diritto.

Se questa impostazione era giustificata in un ordinamento giuridico a costituzione flessibile, *a fortiori* deve esserlo in un sistema a costituzione rigida. Il diritto internazionale privato operante all'interno di un ordinamento statale adotta formule normative e tecniche applicative consone alla organizzazione costituzionale di quello Stato. Di conseguenza, l'apertura al diritto straniero resta una determinazione autonoma dello Stato se del caso legittimata (raramente imposta) da norme costituzionali. La Costituzione di uno Stato giustifica la predisposizione di norme di diritto internazionale privato che richiamano norme e provvedimenti di Stati esteri. Ed è questa apertura, costituzionalmente legittimata, verso il diritto estraneo che consente, poi, di apprezzare anche quelle considerazioni materiali insite nella Costituzione ed idonee a determinare, se del caso, la preclusione all'efficacia del diritto straniero.

Il richiamo al diritto straniero come anche l'efficacia di sentenze o atti (*lato sensu*) pubblici stranieri<sup>57</sup> implica la loro equivalenza con omologhe manifestazioni del "Pubblico potere" nello Stato del foro. Indirettamente ciò si traduce in un ridimensionamento della sfera del potere legislativo, giurisdizionale o amministrativo dello Stato del foro in quanto le sue manifestazioni "autoritative" sono sostituite da quelle – appunto equivalenti

---

<sup>55</sup> PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Seconda*, Roma, 1938, p. 60; AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1955 (1939), p. 61.

<sup>56</sup> AGO, *Lezioni*, cit., p. 47 ss. Lo schema si poteva estendere – secondo una data interpretazione normativista – al riconoscimento di sentenze straniere, assegnando a tale meccanismo l'effetto di produrre la norma del caso concreto: GAJA, *Sentenza straniera non deliberata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 416 ss.

<sup>57</sup> L'espressione è riferita sia ad atti pubblici stranieri di matrice negoziale ma provvisti di efficacia esecutiva nell'ordinamento di origine, sia ad atti amministrativi stranieri rilasciati da pubbliche autorità straniere a ciò abilitati.

– di Stati stranieri. Abbiamo in sostanza una contrazione delle funzioni “sovrane” di uno Stato, che coinvolge il potere legislativo, il potere giudiziario e il potere esecutivo-amministrativo. Orbene una simile contrazione deve necessariamente trovare una giustificazione – espressa o tacita – nella stessa Costituzione. Ciò è tanto più necessario in relazione alla Costituzione italiana che ha avvertito la necessità di predisporre una specifica norma costituzionale – l’art. 11 – per giustificare “limitazioni di sovranità” a favore di ordinamenti internazionali particolari che rispondono alle specifiche finalità “promozionali” dell’art. 11. Orbene, l’art. 11 considera le limitazioni di sovranità in chiave verticale, vale a dire nei rapporti tra il diritto interno e un diritto internazionale “particolare”. Ma l’arretramento delle funzioni sovrane dello Stato resta parimenti rilevante per effetto del coordinamento con altri ordinamenti statali imposto da regole di diritto internazionale privato. Certamente è diversa la prospettiva, ma il nocciolo del fenomeno consiste pur sempre in una “limitazione di sovranità” del Pubblico potere dello Stato.

A tal fine poco rileva che le regole di diritto internazionale privato siano formulate in norme comuni o di diritto uniforme. In ogni caso vi deve essere una giustificazione costituzionale per legittimare l’efficacia di norme ed atti pubblici stranieri (*lato sensu*) in alternativa a quelli nazionali. Ma un arretramento delle funzioni tipiche espresse dal Pubblico potere è costituzionalmente ammissibile se il diritto internazionale privato sia in armonia con la Costituzione del foro tanto nella sua enunciazione normativa come anche nella sua manifestazione applicativa. Lo richiede anzitutto la circostanza, opportunamente rilevata, che il diritto internazionale privato incide “sotto numerosi profili su situazioni ed aspetti che sono oggetto di regolamentazione a livello costituzionale”<sup>58</sup>. Più in generale, negli ordinamenti statali a costituzione rigida, la norma di diritto internazionale privato – se codificata – è pur sempre una legge ordinaria subordinata alla norma superiore: la Costituzione. Ciò comporta inevitabilmente l’allineamento del diritto internazionale privato del foro ai valori nazionali “materiali”<sup>59</sup>.

L’impatto della Costituzione sul diritto internazionale privato si può dipanare su più livelli, a partire dalle stesse tecniche di coordinamento<sup>60</sup>.

La Costituzione anzitutto condiziona “a monte” la formulazione della

<sup>58</sup> LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit., p. 453 s.

<sup>59</sup> LABRUSSE, *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1974, p. 20.

<sup>60</sup> JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 177 (1982), p. 68 ss.

norma di collegamento legislativo. Negli ordinamenti costituzionali che hanno maturato il principio della parità tra coniugi questo genere di rapporti giuridici deve essere improntato al principio di uguaglianza<sup>61</sup>. Di riflesso, la norma di collegamento legislativo va formulata in modo da evitare formule discriminatorie nella fase di determinazione della legge applicabile. L'art. 29 della legge italiana di diritto internazionale privato riconduce i rapporti personali tra coniugi alla legge dello Stato di cittadinanza comune dei coniugi o, in mancanza, dello Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Lo stesso si dica se viene richiamata la legge del luogo in cui si è costituito il rapporto<sup>62</sup>. Il principio di uguaglianza viene parimenti rispettato se la determinazione della legge applicabile sia rimessa alla volontà comune dei soggetti interessati. È quanto accade per la *optio iuris* contemplata dall'art. 5 del regolamento UE n. 1259/2010 relativamente alla legge applicabile alla separazione ed al divorzio. In queste ipotesi si utilizza un tipo di legame sul quale convergono le aspettative condivise di tutte le persone coinvolte.

La Costituzione può orientare o giustificare – in base a proprie considerazioni materiali – la circostanza di collegamento legislativo che meglio si attaglia ad uno o più interessi in giuoco. Solitamente la questione si pone in situazioni giuridiche plurisoggettive suscettibili di essere in potenziale collisione tra loro, così che si delinea la preminenza costituzionale a favore di una determinata situazione giuridica, talora di un vero e proprio *status* della persona. Ciò veicola a favore del suo titolare la circostanza di collegamento personale destinata ad assorbire l'intera fattispecie.

È quanto avviene a proposito del profilo costitutivo del rapporto di filiazione. Il fine costituzionale di assicurare al minore lo “stato” di figlio induce a privilegiare il collegamento con la legge personale del minore, richiamando un suo qualificato legame personale con un dato ordinamento. Sempre nella stessa prospettiva “promozionale”, si possono imporre collegamenti alternativi con la legge personale di uno o di entrambi i genitori, se più idonei a conseguire la costituzione del rapporto di filiazione. A tale *ratio* corrisponde l'art. 35, par. 1, novellato della legge di riforma di diritto internazionale privato<sup>63</sup>. Questa flessibilità della norma di conflitto

---

<sup>61</sup> Cfr. Corte costituzionale tedesca, 5 maggio 1971; Corte costituzionale, sentenze n. 71/1987 e n. 477/1987. Vedi in proposito *Rabels*, 1972, pp. 2 ss.; *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, cit..

<sup>62</sup> Cfr. anche l'art. 32-ter, 4° comma, novellato della legge di riforma, a proposito dell'unione civile: “I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita”.

<sup>63</sup> “Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che



è funzionale alla effettività del medesimo “valore” costituzionale. Una prospettiva del genere ben può tollerare e giustificare formule normative diverse se “equivalenti” al valore costituzionale da perseguire ed allineate alla condizione di astratta prevedibilità per effetto di quanto già enunciato nella norma di collegamento legislativo.

L'assetto costituzionale può condizionare altresì l'esercizio della giurisdizione. Ogni ordinamento dispone di proprie regole al riguardo, nel rispetto se del caso di obblighi internazionali. L'effettività del diritto di azione può talora essere imposta da obblighi internazionali. In ogni caso, se non sussistono limiti posti dal diritto internazionale, lo Stato è libero di allargare la sfera di giurisdizione civile del foro per consentire ai privati di beneficiare di diritti della persona riconosciuti nel foro. Non importa in proposito se il titolo di giurisdizione trovi riscontro in circostanze tipiche di collegamento (incentrate su persone o beni) oppure in formule “atipiche” come il *forum necessitatis* sempre più di frequente evocato nella disciplina uniforme europea di diritto internazionale privato<sup>64</sup>. Anzi, proprio il possibile ricorso al *forum necessitatis* può ben essere direttamente funzionale alla dovuta tutela di situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente rilevanti e quindi essere anche costituzionalmente giustificato.

Ed è sempre nell'assetto costituzionale dello Stato che può trovare giustificazione la determinazione del legislatore di scegliere soluzioni più selettive che delimitano l'accesso alla giustizia. Una simile considerazione, oltre che essere compatibile con il nucleo essenziale della garanzia costituzionale di accesso alla giustizia, si legittima in base alla implicita inclinazione della Costituzione di aprire verso ordinamenti estranei in ragione di imprescindibili esigenze di coordinamento tra ordinamenti<sup>65</sup>. La certezza del diritto e delle situazioni giuridiche è senza dubbio un valore protetto dalla Costituzione alla quale non può sfuggire la dimensione transnazionale di queste aspettative.

Sulle stesse basi si giustifica costituzionalmente il riconoscimento automatico di sentenze straniere i cui effetti decisori sono assimilati a quelli nazionali. Al fondo della loro circolazione c'è l'assunzione – in Costituzione – di una equivalenza tra la funzione giurisdizionale nazionale e quella straniera: in determinate circostanze, il primato assegnato alla seconda si

---

fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene”.

<sup>64</sup> Cfr: l'art. 7 del regolamento n. 4/2009 nonché l'art. 11 “comune” al regolamento n. 650/2012 sulle successioni, al regolamento n. 2016/1103 sui rapporti patrimoniali tra coniugi ed al regolamento n. 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni.

<sup>65</sup> Cfr. Corte cost., ord. 18 ottobre 2000, n. 438, su cui SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e Costituzione*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 33 ss.

giustifica per ragioni di certezza del diritto nello spazio a favore del privato.

*7. La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*

Se la funzione di apertura al diritto straniero è costituzionalmente condizionata, lo è altrettanto l'esclusione della stessa.

Il fenomeno è affine ai limiti costituzionali in tema di rispetto di obblighi internazionali. In particolare, quando le garanzie costituzionali degli articoli 10, 1° comma e 11 conferiscono al diritto internazionale un rango costituzionale, sovviene la tecnica dei “contro-limiti”<sup>66</sup>. Questi sono evocati in circostanze eccezionali nelle quali siano in giuoco valori identitari dell'ordinamento costituzionale dello Stato e per i quali non sia configurabile, un sacrificio “assoluto”<sup>67</sup>. L'ancoraggio è ai soli valori fondamentali della Costituzione, se del caso integrati con valori di origine internazionale<sup>68</sup>. Ciò eleva la soglia del limite e lo radica nel nucleo essenziale – quindi irrinunciabile – della sovranità costituzionale dello Stato.

Anche il richiamo al diritto straniero implica come si è visto un arretramento delle funzioni (costituzionalmente) sovrane dello Stato del foro equiparabile per molti versi all'ingresso di norme internazionali (o europee) garantite dagli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost.<sup>69</sup> Certamente quelle garanzie sono state formulate in Costituzione – unitamente all'art. 117, 1° comma, novellato – per assicurare condizioni di coerenza del diritto interno rispetto al diritto internazionale, rinvigorendo tale esigenza rispetto a specifiche categorie normative quali quelle appunto indicate dagli articoli 10, 1° comma e 11. Un privilegio del genere si giustifica in relazione al diritto internazionale perché il “primato” che lo caratterizza nel suo ordinamento di origine implica la responsabilità dello Stato in caso di sua mancata attuazione. Un primato di questo tipo si attaglia anche alle norme di diritto internazionale privato uniforme, comprese quelle adottate

---

<sup>66</sup> Accorgimento concretamente impiegato dalla Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 e nell'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

<sup>67</sup> Il ricorso ai contro-limiti comporta la difesa di specifici valori che prevalgono o in quanto “assoluti” (ad esempio, il divieto della pena di morte) o quale esito del concreto bilanciamento di valori costituzionali.

<sup>68</sup> Sul fenomeno di osmosi verso l'alto cfr. tra l'altro, Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, par. 7 .

<sup>69</sup> Su ciò ampiamente BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., *passim*.

nell'ambito dell'UE. Non altrettanto può dirsi rispetto all'ordinamento straniero che, in base alle norme comuni di diritto internazionale privato, stabilisce la regolamentazione del caso concreto. Ma, come si è visto, una simile funzione ha comunque rilevanza costituzionale perché legittima l'arretramento delle funzioni legislative, giurisdizionali o amministrative dello Stato: si tratta di un coordinamento "orizzontale" ed unilaterale tra ordinamenti sovrani che può trovare giustificazione al massimo livello costituzionale, tanto da essere indirettamente ricondotto all'art. 10, 1° comma, Cost.<sup>70</sup>. Tuttavia, al pari di questo, il principio di apertura insito nel diritto internazionale privato non può avere una portata assoluta fino a contraddire quella stessa sovranità costituzionale che la esprime. Pertanto l'apertura dell'ordinamento costituzionale al diritto straniero deve essere bilanciata da un limite "identitario" alla sua efficacia quale appunto espressa dall'ordine pubblico. Il relativo parametro finisce pertanto per essere in qualche modo equivalente ai controlimiti evocati nell'operare concreto degli articoli 10, 1° comma, e 11.

A questo approccio si è ispirata la Corte di cassazione con due decisioni assunte nel 2016 e nel 2017<sup>71</sup>, nelle quali si cristallizza un orientamento variamente espresso in pronunce precedenti<sup>72</sup>. I casi decisi sono assai diversi tra loro per la materia trattata. La sentenza 30 settembre 2016, n. 19599<sup>73</sup> è stata pronunciata dalla I sezione civile della Cassazione e concerne la trascrizione di un certificato di nascita straniero nel quale si certificava il rapporto di filiazione esistente tra un minore, nato attraverso un processo di maternità surrogata eterologa, e i suoi genitori intenzionali che nel caso di specie erano due donne coniugate all'estero. La sentenza 5 luglio 2017, n. 16601<sup>74</sup>, pronunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione, riguarda invece l'efficacia in Italia di una sentenza straniera che stabiliva i c.d. danni punitivi. In entrambi i casi, l'apertura verso valori stranieri doveva confrontarsi con

<sup>70</sup> LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di Daniele, Napoli, 2007, p. 454 ss., ritiene che questa garanzia costituzionale discenda dal principio del riconoscimento di ordinamenti sovrani stranieri *ex art. 10, 1° comma, Cost.*

<sup>71</sup> Per precedenti orientamenti in tal senso cfr. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 173.

<sup>72</sup> Vedi in proposito: Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 447 s.; Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302, *ivi*, 2013, p. 479; Cass., 25 luglio 2016, n. 15343, *ivi*, 2017, p. 234.

<sup>73</sup> In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813 ss.

<sup>74</sup> In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 1049 ss.

istituti ignoti al modello lefeforistico (se non da questo preclusi)<sup>75</sup>.

La Corte di cassazione prende atto che l'evoluzione in senso internazionalista della nozione di ordine pubblico ha portato ad "un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia"<sup>76</sup>. Per completare questo percorso, la Cassazione ancora la nozione di ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali "ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"<sup>77</sup>. La Cassazione coglie questi principi nella Costituzione, sia pure apprezzandone l'osmosi con norme di origine internazionale particolarmente qualificate nel campo della tutela dei diritti umani come la CEDU e la Carta europea dei diritti fondamentali<sup>78</sup>. Anzi, come si asserisce testualmente nella sentenza n. 19599/2016, "i principi di ordine pubblico devono essere ricercati *esclusivamente* nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale"<sup>79</sup>. La Cassazione ha quindi ben presente il modello dei "contro-limiti" impiegato dalla Corte costituzionale in relazione agli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost. La rilevazione del limite dell'ordine pubblico non riguarda l'intera Costituzione, poiché "esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico"<sup>80</sup>.

#### 8. Segue: *La funzione "promozionale" dei principi di ordine pubblico internazionale*

Nel momento in cui l'ordine pubblico internazionale si identifica con principi fondamentali propri della Costituzione, emerge con più chiarezza anche la sua funzione positiva<sup>81</sup>. Tale accezione va tenuta fermamente

<sup>75</sup> Le Sezioni Unite hanno autorevolmente consolidato l'indicazione della prima, la quale aveva già trovato riscontro in Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Riv. dir. int.* 2017, p. 408 ss. Nell'opinione di chi scrive, la Cassazione segue nelle due sentenze lo stesso approccio "sistemico": si veda in particolare l'inizio del par. 6 della sentenza n. 16601/2017. La sola differenza è che questa pronuncia delle Sezioni Unite contiene taluni riferimenti, in particolare in materia di rapporti di lavoro, dai quali è possibile desumere un più ampio raccordo tra principi fondamentali e norme di legge ordinaria che "inverano" i medesimi: *infra*, par. 10.

<sup>76</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., par. 7.

<sup>77</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

<sup>78</sup> Vedi anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

<sup>79</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7, corsivo aggiunto.

<sup>80</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

<sup>81</sup> Su cui già vedi SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto*

distinta dalle norme di applicazione necessaria ed investe quelle fattispecie in cui, *ratione materiae*, norme e provvedimenti stranieri si commisurano con i valori fondamentali dello Stato del foro. In altri termini, l'identificazione dell'ordine pubblico internazionale con i principi costituzionali fondamentali dello Stato ne mette in luce la valenza precettiva che può e deve trovare riscontro *anche* attraverso norme e provvedimenti stranieri<sup>82</sup>. È quanto la Cassazione asserisce nella sentenza n. 16601/2017 quando richiama la funzione “promozionale” dell'ordine pubblico internazionale, perché “servente” l'effettività di principi costituzionali<sup>83</sup>.

Ne discende una conseguenza di tutto rilievo che comprime la valenza negativa dell'ordine pubblico, limitando anche il ricorso alla c.d. frode alla legge. Infatti di frode non si può parlare se la fattispecie sia regolata dal diritto straniero in modo coerente se non funzionale alla realizzazione di un valore costituzionale. In questa prospettiva si comprende bene l'evoluzione favorevole della giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, rispetto al riconoscimento nel foro di situazioni “programmaticamente” costituite all'estero dai privati in conformità alla legge locale per realizzare uno *status* altrimenti precluso nel foro e che di conseguenza non trova riscontro nel modello legeforistico.

Ne è una dimostrazione il rapporto di filiazione che, cristallizzato all'estero in un provvedimento dell'autorità straniera per effetto della locale legislazione sulla maternità surrogata eterologa, possa essere riconosciuto nell'ordinamento del foro in ragione della esigenza costituzionale di rispetto dell'interesse superiore del minore. Neppure rivestono rilievo nei casi di specie criteri di competenza legislativa inerenti a legami personali dei genitori o del figlio “intenzionale” con l'ordinamento di origine. Rileva unicamente la validità del certificato di nascita quale atto amministrativo dell'ordinamento di origine<sup>84</sup> e la congruità del suo contenuto con un diritto fondamentale della persona del minore a mantenere i legami acquisiti con i genitori intenzionali. Per la giurisprudenza di legittimità, l'art. 269, 3° comma, cod. civ., per cui è madre solo colei che partorisce, “non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore”<sup>85</sup>. Quest'ultimo costituisce un parametro di ordine pubblico “positivo”, che non certo viene meno se la filiazione da maternità eterologa afferisce ad un'unione “omoaffettiva”. Se ne ha conferma dalla stessa Corte

---

*internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 786 ss.

<sup>82</sup> *Contra* QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, p. 309.

<sup>83</sup> Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, paragrafi 2.2 e 6.

<sup>84</sup> Vedi anche Cassazione penale, 5 aprile 2016, n. 13525, par. 3.

<sup>85</sup> Cass., 26 ottobre 2017, n. 14878, cit..

di cassazione. Nella sentenza 26 ottobre 2017, n. 14878, riprendendo la precedente decisione n. 19599/2016<sup>86</sup>, essa ribadisce che l'ordine pubblico in tema di atti di stato civile "attiene ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo", di modo che "la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (art. 18 del d.P.R. n. 396/2000) (nell'accezione anzidetta) per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie"<sup>87</sup>.

Il rilievo costituzionale che assume l'identità della persona umana giustifica l'efficacia di un provvedimento straniero in materia di *status*, anche se ciò surroga in tutto o in parte la corrispondente funzione pubblica del foro. Tuttavia il provvedimento emesso in un ordinamento straniero potrebbe avere un contenuto differente da quello che nella stessa situazione concreta avrebbe assunto l'autorità del foro richiesto anche in applicazione delle proprie norme di conflitto. Questa distonia si crea soprattutto se – come accade sempre più frequentemente – la disciplina del foro non imponga alcuna correlazione tra la propria legge applicabile e quella utilizzata dalla decisione straniera. In questo modo, il regime – di diritto comune o di diritto uniforme – di circolazione dei provvedimenti "svia" dal principio formale di uguaglianza quale vigente nell'ordinamento del foro richiesto: si consente infatti a quanti sono economicamente in grado di acquisire uno *status* all'estero di "importare" formule ignote alla *lex fori*. Le disparità di trattamento<sup>88</sup> non vanno però addotte per impedire alla Costituzione di commisurarsi con la logica di "società aperta" che essa stessa abbraccia. In realtà, proprio questa apertura comporta l'interpretazione evolutiva di principi costituzionali. Nel contempo, l'immissione di valori estranei *infra* o *praeter constitutionem* può gradualmente contribuire a determinare nuovi parametri costituzionali che investono anche le situazioni totalmente interne, obbligando lo stesso legislatore a modificare il diritto materiale del foro per una piena realizzazione del principio di uguaglianza.

---

<sup>86</sup> Cass. n. 19599/2016, cit., par. 8 (principio di diritto).

<sup>87</sup> Cass., 26 ottobre 2017, n. 14878, cit.

<sup>88</sup> Rilevate anche da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, par. 13.

### 9. *L'operatività unitaria dell'ordine pubblico tanto su regole comuni che su regole uniformi di diritto internazionale privato*

Il ragionamento sulla rilevanza costituzionale dell'ordine pubblico internazionale non fa differenza secondo che la norma di diritto internazionale privato sia espressione del "sistema" nazionale o promana da una disciplina uniforme – internazionale o europea – di diritto internazionale privato.

C'è senz'altro da considerare che nell'ordinamento interno le norme uniformi conservano la natura del trattato o della norma derivata di diritto dell'UE in cui sono originariamente formulate. Orbene, il trattato o il diritto dell'UE di diritto internazionale privato uniforme devono per ciò stesso beneficiare delle garanzie costituzionali che sono predisposte in generale per questo genere di fonti nel sistema giuridico del foro. Nell'ordinamento italiano, come è noto, sovengono rispettivamente l'art. 117, 1° comma, Cost. e l'art. 11 Cost.

Al di là della rilevanza costituzionale così riconosciuta nell'ordinamento italiano alla fonte – internazionale o sovranazionale – di diritto internazionale privato uniforme, la relativa disciplina per sua natura assume una materiale rilevanza costituzionale perché, implicando il richiamo al diritto straniero o l'efficacia di provvedimenti stranieri nel foro, intacca funzioni sovrane dello Stato allo stesso modo della normativa comune di diritto internazionale privato.

Perciò, se si escludono talune speciali discipline processuali uniformi adottate in materia di crediti esigibili nell'ambito dell'UE<sup>89</sup>, il diritto internazionale privato uniforme riconosce l'operatività del limite dell'ordine pubblico. Quando la disciplina uniforme europea ha eliso questo riferimento nel regolamento n. 2201/2003 a proposito della efficacia di provvedimenti sullo *status* del minore specie per decretarne il ritorno nel paese da dove era stato indebitamente sottratto<sup>90</sup>, è sopravvenuto un intervento indirettamente correttivo della Corte europea dei diritti dell'uomo per evocare il rispetto dell'interesse superiore del minore<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Il riferimento è al titolo esecutivo europeo (TEE) quale acquisito in base alle procedure uniformi: il regolamento n. 861/2007 che istituisce il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, il regolamento n. 1896/2006 riguardante il procedimento europeo di ingiunzione al pagamento (entrambi modificati dal regolamento n. 2421/2015), nonché il regolamento n. 655/2014 che ha introdotto la c.d. ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari; a questi va aggiunto il regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, la cui circolazione si fonda sul rispetto delle c.d. "norme minime".

<sup>90</sup> Corte di giustizia, sent. 1 luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, par. 83.

<sup>91</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 12 luglio 2011, *Šneerson e Kampanella c. Italia*,

Al riguardo poco rileva che, secondo l'espressione sovente evocata nella disciplina uniforme, debba trattarsi di una violazione "manifesta". La Corte di giustizia dell'UE, chiamata più volte ad esprimersi sul punto, ha chiaramente fatto riferimento a valori generali dell'ordinamento dello Stato del foro o dello stesso ordinamento dell'UE<sup>92</sup>, sottolineando la qualità dei valori giuridici in giuoco non i contatti più o meno intensi della fattispecie con lo Stato del foro. La violazione è in tali casi comunque "manifesta". L'impiego di tale espressione sta piuttosto ad indicare l'esigenza espressa dal diritto internazionale privato uniforme di restringere, nel proprio campo di applicazione, il ricorso al limite dell'ordine pubblico ma senza che ciò implichi necessariamente un livello meno elevato del parametro di ordine pubblico impiegato per le fattispecie di diritto internazionale privato che sfuggono alla disciplina uniforme. Nell'ordinamento italiano, l'equiparazione dello standard di ordine pubblico pare quasi dovuta per effetto del tipo di "livello di guardia" stabilito in fattispecie "comuni" ancorato a principi fondamentali della Costituzione che sono anche limiti invalicabili per obblighi internazionali di particolare rilievo e quindi *a fortiori* per obblighi internazionali o dell'UE sottesi alla disciplina uniforme di diritto internazionale privato<sup>93</sup>.

10. Segue. *La pari rilevanza dell'ordine pubblico internazionale a prescindere dalla diversa intensità di collegamento delle fattispecie con l'ordinamento del foro*

Nel momento in cui l'ordine pubblico internazionale si identifica con i valori costituzionali fondamentali dello Stato del foro diventa difficile modularne l'applicazione in relazione al grado di intensità di collegamento della fattispecie con il foro. Come si è già osservato, in dottrina è stata prospettata – con diverse argomentazioni – una "attenuazione" del limite dell'ordine pubblico<sup>94</sup>. Le già ricordate formule della *Inlandsbeziehung* o

ricorso n. 14737/09, paragrafi 61 e 85. Opportunamente, l'art. 40, par. 2, della proposta di rifusione del regolamento n. 2201/2003 (COM(2016) 411 *final*) prevede che l'esecuzione di una decisione può essere negata qualora, in forza di un cambiamento delle circostanze successivo alla pronuncia della decisione, ciò sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro dell'esecuzione per effetto dell'interesse superiore del minore.

<sup>92</sup> *Supra*, nota 32.

<sup>93</sup> In senso conforme vedi anche LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit., p. 471.

<sup>94</sup> See also BORRÁS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Recueil des Cours*, vol. 249 (1994), p. 339 s.



dell'*ordre public de proximité* o l'accezione internazionalistica di Benvenuti<sup>95</sup> privilegiano le esigenze di continuità nello spazio.

Non sembra seguire questa impostazione la Corte di Cassazione quando essa delinea nella sentenza n. 16601/2017 una diversa modulazione dell'ordine pubblico secondo che rilevi il suo profilo strettamente processuale o quello sostanziale. Il primo attiene alle garanzie processuali seguite (o violate) nel processo che ha determinato la decisione giudiziaria da riconoscere nel foro. Il secondo riguarda invece i limiti frapposti all'applicazione del diritto straniero. Per la Cassazione, nel primo caso "il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali". Invece, nel secondo caso "non può dirsi altrettanto", dal momento che "non vi potrà essere ... arretramento del controllo sui principi essenziali della 'lex fori' in materie, come per esempio quella del lavoro ... che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica"<sup>96</sup>.

Il ragionamento seguito nell'occasione dalla Cassazione intende piuttosto richiamarsi ad un diverso spettro di equivalenza secondo che vengano in giuoco principi fondamentali ora di natura processuale ora di natura sostanziale. Nel primo caso, le maglie dell'ordine pubblico erano già divenute da qualche tempo più flessibili specie dopo la sentenza *Gambazzi*<sup>97</sup>, denotando un atteggiamento di spiccata apertura verso la circolazione di decisioni straniere pur espressive di modelli processuali con garanzie assai differenti da quelle nazionali. Ma ciò non impedisce che, rispetto alla stessa circolazione di decisioni straniere, possano ergersi limiti significativi se non estesi di natura sostanziale per il fatto che il contenuto della decisione straniera urti contro un modello normativo che, come avviene sovente per i rapporti di lavoro, "invera" principi costituzionali<sup>98</sup>.

Una volta determinato il tratto identitario irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale italiano, sul piano processuale o sostanziale, questo nucleo va comunque rispettato, senza che rilevi la maggiore o minore intensità di collegamento della fattispecie con l'ordinamento italiano<sup>99</sup>. Tale flessibilità viene sovente invocata nel campo della circolazione di sentenze o

<sup>95</sup> *Supra*, par. 3. Vedi anche FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., pp. 174 e 176.

<sup>96</sup> Par. 6.

<sup>97</sup> Cass., 9 maggio 2013, n. 11021, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2136 ss.; vedi pure Cass., 24 novembre 2015, n. 23974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 395 ss.

<sup>98</sup> Vedi anche *infra*, par. 11.

<sup>99</sup> Anche per FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 14, "la mancanza di un legame non osta comunque al funzionamento dell'ordine pubblico".

provvedimenti stranieri in materia di *status*, con l'effetto però di attenuare il rispetto dei diritti fondamentali nella prospettiva propria dell'ordinamento del foro dove questi diritti siano in giuoco<sup>100</sup>. Simili indicazioni non danno pieno rilievo alla valenza dell'ordine pubblico dal punto di vista tanto costituzionale che internazionale.

Per quanto concerne la prospettiva costituzionale, questa attiene al rispetto di valori che, proprio per la loro natura "identitaria", non possono tollerare deroghe di sorta, tanto più se siano in giuoco diritti fondamentali per i quali non è ammissibile alcuna forma di discriminazione<sup>101</sup>. Lo dimostra il ruolo che ha esercitato il principio di uguaglianza nella formulazione di criteri di collegamento in tema di rapporti personali tra coniugi (o fattispecie a queste assimilabili) preposti a richiamare tanto il diritto straniero che il diritto italiano<sup>102</sup>. L'esigenza di preservare – logicamente e concettualmente – una coerenza assoluta di valori ha fatto premio sulla pregressa formulazione "discriminatoria" che poteva anche consentire la determinazione di un diritto applicabile che fosse materialmente più favorevole per la persona "discriminata" (solo) formalmente dalla formulazione della norma di conflitto.

Lo stesso approccio si conferma in relazione agli elementi internazionali che integrano i valori costituzionali nella determinazione dell'ordine pubblico. Il parametro da osservare nel rispetto dei diritti sanciti nella CEDU è costituito dalla "giurisdizione" che lo Stato esercita sulla persona (art. 1)<sup>103</sup>. Tale legame può dipendere da varie condizioni, ma una *emprise* anche temporanea è sufficiente per far scattare gli obblighi corrispondenti per lo Stato parte. Perciò la Corte europea dei diritti dell'uomo fa valere gli obblighi a tutela della persona umana, senza valutare se la fattispecie presenti elementi di estraneità che rendano poco o affatto "sensibile" l'ordinamento del foro nei suoi confronti. Non entrano in giuoco solo legami stabili come la cittadinanza o la residenza abituale: i diritti fondamentali della persona vanno comunque rispettati se l'individuo ricade nell'ambito di giurisdizione proprio dello Stato del foro per effetto di un contatto personale solo occasionale.

<sup>100</sup> Vedi anche R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique, et la répudiation islamique*, Paris, 2002, pp. 218 ss. e 240.

<sup>101</sup> Anche G. Barile arriva ad ammettere che esistono valori "assoluti" rispetto ai quali non è possibile riconoscere alcuna "attenuazione": ID., *I principî fondamentali della comunità statale*, cit., p. 86. In base all'art. 36, par. 3, del codice tunisino di diritto internazionale privato, "l'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige".

<sup>102</sup> *Supra*, par. 6.

<sup>103</sup> In senso analogo l'art. 2 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966.

### 11. *Il coordinamento tra ordinamenti dipende solo dalla “suprema” cornice costituzionale che lo legittima*

Verosimilmente l'aggancio unitario dell'ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali della Costituzione (oltretutto in osmosi con valori internazionali) è destinato ad elevare ulteriormente il “livello di guardia” del limite in questione<sup>104</sup>. Infatti, il modello formale della legge ordinaria non può essere mai considerato autonomamente rilevante per precludere l'efficacia di norme o provvedimenti stranieri. La Corte di cassazione nella sentenza n. 19599/2016 è assolutamente puntuale in proposito, là dove asserisce che il contrasto del diritto straniero con la legge ordinaria non chiama in causa il limite dell'ordine pubblico quando la formula della *lex fori* “rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico”<sup>105</sup>. Perciò un provvedimento straniero che riconosca lo *status filiationis* in relazione ad una coppia omosessuale può determinare l'effetto della filiazione nello Stato italiano. Anche se ciò non sia previsto dalla *lex fori*, l'efficacia del provvedimento si impone se l'atto è validamente formato all'estero e non contrasta con i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione<sup>106</sup>. Anzi, vi deve trovare un qualche riscontro. Così, nella sentenza n. 16601/2017, la Cassazione giustifica il riconoscimento delle sentenze statunitensi in tema di danni punitivi appellandosi ad una concezione polifunzionale della responsabilità civile che avrebbe avallo in Costituzione<sup>107</sup>.

La sola eventualità per evocare la *lex fori* quale parametro di ordine pubblico è che in essa si “inverino” proprio quei principi fondamentali della Costituzione i soli ai quali si deve agganciare il limite in questione<sup>108</sup>. Se non si tratta di una legislazione ordinaria “a rime costituzionalmente obbligate”, essa continua ad esprimere solo una delle possibili opzioni aperte al potere legislativo e come tale insuscettibile di esprimere un parametro di ordine pubblico. Perciò la *lex fori* è da valutare allo stesso livello di una determinazione legislativa espressa in un ordinamento straniero, sempre che il diritto estraneo sia conforme ai principi fondamentali della Costituzione.

La svolta giurisprudenziale, agganciando direttamente ed esclusivamente

<sup>104</sup> Concorde su ciò anche FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., p. 174, quando afferma che il nuovo indirizzo giurisprudenziale “riduce l'operatività del limite dell'ordine pubblico, al di là del suo normale carattere di eccezionalità”.

<sup>105</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., par. 7.

<sup>106</sup> Vedi anche: Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. 16 giugno 2017, n. 14987.

<sup>107</sup> Par. 5.3.

<sup>108</sup> Cass., sent. n. 16601/2017, par. 6, ed anche *supra*, par. 10.

alla Costituzione la rilevazione dell'ordine pubblico, esclude che la legge ordinaria possa esprimere proprie autonome indicazioni in proposito<sup>109</sup> e dunque estende ulteriormente le maglie di apertura a favore del diritto straniero. Benché sia così delimitata, la “costituzionalizzazione” dell'ordine pubblico appare allineata alla gerarchia delle fonti e nel contempo maggiormente rispettosa delle esigenze di continuità di regolamentazione giuridica nello spazio.

È peraltro da considerare che l'autonomia dell'interprete nel rilevare l'ordine pubblico attraverso fatti-prova costituzionalmente qualificati si pone sullo stesso terreno della Corte costituzionale<sup>110</sup>, anche se non sembra travalicarne il ruolo. La rilevazione dell'ordine pubblico è un'operazione schiettamente interpretativa e quindi rientra nei compiti del giudice ordinario definirne il contenuto. Non esiste dunque un'interferenza sul terreno proprio della Corte costituzionale. Certamente nella valutazione dei principi fondamentali quali espressivi dell'ordine pubblico il giudice ordinario deve tener conto della giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>111</sup>, ma ciò non esprime un parametro vincolante al di fuori ovviamente dei casi in cui il vincolo emerge dallo stesso *thema decidendum* di una pronuncia costituzionale<sup>112</sup>. Così non sembra che abbia finora avuto influenza

<sup>109</sup> *Contra*: BERTOLI, *Costituzione*, in *Diritto internazionale privato*, a cura di Baratta, Milano, 2010, p. 87; , CONTALDI, *Ordine pubblico*, *ivi*, p. 273. Più in generale, per FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 27, “la concretizzazione dell'ordine pubblico ... resta rimessa all'apprezzamento del giudice”. La discrezionalità del giudice non è però assoluta: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, Napoli, 1964, p. 690.

<sup>110</sup> Per una critica di tale approccio: FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., p. 177; VANIN, *L'incidenza dei diritti fondamentali in materia penale sulla ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale: il caso del riconoscimento delle decisioni straniere attributive di punitive damages*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1193. Quest'ultimo a. osserva (*ivi*, p. 1193 s.) che in materia di danni punitivi (oggetto della pronuncia n. 16661/2017) il paradigma impiegato dalla Corte di cassazione si infrange con il limite della riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.), riserva che quindi lascerebbe ampia discrezionalità politica al Parlamento. L'osservazione non pare considerare due questioni. In primo luogo, la riserva di legge in materia penale ha una valenza essenzialmente garantistica per il privato le cui esigenze sono però correttamente assorbite dai parametri “costituzionali” di ordine pubblico internazionale cui la Cassazione si richiama e che lo stesso a. nella sostanza condivide (*ivi*, p. 1195 s.). In secondo luogo, la discrezionalità legislativa inerente alla riserva di legge non può mai sfuggire al rispetto della Costituzione e soprattutto dei suoi principi fondamentali; in ogni caso l'opzione normativa ordinaria del legislatore nazionale non può essere considerata costituzionalmente (e logicamente) più libera di quanto avviene quando vada considerato il contenuto della legge straniera richiamata. Ancora una volta sovrviene il criterio di equiordinazione tra *lex fori* e diritto straniero.

<sup>111</sup> LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit. p. 470.

<sup>112</sup> Vedi più in generale in questa prospettiva, LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*

sulla Cassazione l'atteggiamento poco favorevole manifestato dalla Corte costituzionale in tema di maternità surrogata eterologa, nonostante le pur significative aperture manifestate al riguardo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>113</sup>. Oltretutto, l'ordine pubblico internazionale non è mai un parametro fisso nel tempo (e nello spazio). La lettura evolutiva dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato accompagna di conseguenza il carattere relativo dell'ordine pubblico ad essi correlato.

## 12. *Il criterio di equiordinazione tra lex fori e diritto straniero e suoi corollari*

Nel momento in cui la Cassazione abbandona l'aggancio con il modello legefornistico ai fini della rilevazione dell'ordine pubblico internazionale, subentrano una serie di conseguenze sul diritto internazionale privato, accentuandone la funzione sistemica di apertura verso ordinamenti estranei.

Se la *lex fori* diventa una delle formule attraverso cui si dipanano i valori costituzionali, essa assume una posizione equiordinata rispetto al diritto straniero e perde la sua funzione di "diritto generale" alla stregua della quale vanno risolti vari problemi interpretativi ed applicativi del diritto internazionale privato<sup>114</sup>. Questa considerazione permette di superare definitivamente l'assioma positivista del diritto internazionale privato come parte della *lex fori*, obbligando a ricostruire il significato del primo nell'ottica esclusiva della seconda. Nella nuova configurazione espressa dalla Cassazione, il diritto internazionale privato, è un "sistema" che, per effetto della garanzia di autonomia assicurata (implicitamente) dalla Costituzione, si raffronta tanto con il diritto straniero che con il diritto nazionale e tratta entrambi in modo paritario. Poiché tale posizione di autonomia trova giustificazione (implicita) nella Costituzione, non c'è posto per una preferenza sistemica della *lex fori*, a meno che non sovengano specifiche ragioni costituzionali.

---

*nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, p. 79 s.

<sup>113</sup> La Corte costituzionale ancora nella sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, ribadisce l'"elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale", perché espressiva di un fenomeno "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane" (par. 4.2). Ma la stessa Corte costituzionale riconosce che questa considerazione "non cancella" l'interesse superiore del minore (*ibidem*). Perciò è sempre il giudice ordinario (tanto più se "specializzato" come accade per questioni minorili) che deve procedere alla valutazione dell'interesse preminente da tutelare.

<sup>114</sup> Vedi già in tal senso BARILE, in *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, cit., p. 137.

Il carattere bilaterale delle norme di conflitto è stato costantemente presente nel diritto internazionale privato italiano, ma ha trovato sovente difficoltà ad affermarsi compiutamente per la ineludibile cornice legefioristica che racchiudeva e comprimeva la funzione propria del diritto internazionale privato<sup>115</sup>. Invece, innalzando la “cornice” legefioristica al livello dei principi fondamentali della Costituzione, sono questi a definire scopi e limiti del richiamo al diritto straniero e quindi indirettamente a garantirne l’effettività.

Il criterio di equiordinazione tra *lex fori* e *lex causae* straniera trova del resto conforto in alcune regole generali della legge di riforma del diritto internazionale privato (n. 218 del 1995). Anzitutto va marcata l’importanza dell’art. 14 che sancisce l’accertamento d’ufficio del diritto straniero richiamato in quanto espressione di un diritto equivalente a quello nazionale. E correlativamente va pure ricordato l’art. 15, che obbliga ad applicare la legge straniera richiamata secondo il modo in cui la stessa legge sia interpretata nel suo ordinamento di origine. Si tratta di formule che si attagliano anche allo scopo precipuo delle norme uniformi di diritto internazionale privato e dunque vanno osservate anche in assenza di un loro esplicito richiamo<sup>116</sup>.

Ma è soprattutto in relazione al tema delle qualificazioni che maggiormente si evidenzia l’autonomia della *lex causae* dal modello legefioristico. Appare evidente che, salvo i casi in cui considerazioni materiali della Costituzione richiedano l’assorbimento dell’istituto straniero richiamato in categorie logico-normative proprie dei diritti fondamentali del foro, il diritto straniero richiamato non debba subire il condizionamento legefioristico. Tanto meno ciò è dovuto quando si tratti di una disciplina uniforme di diritto internazionale privato, rispetto alla quale va seguita una interpretazione autonoma, specie se già espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea. Lo sganciamento dell’ordine pubblico dalla legge ordinaria del foro libera l’operatore giuridico dalla cornice dei concetti espressi dalla legge ordinaria dello Stato e giustifica il ricorso ai soli principi fondamentali dell’ordinamento. Certamente sussiste sempre un condizionamento in senso legefioristico, ma questo è posto ad un livello ordinamentale – i principi fondamentali per l’appunto – che giustifica più opzioni normative e interpretative. Dunque, esistono gli spazi concettuali per avviare una qualificazione distinta da quella della *lex fori*.

Tale approccio può ben risaltare nel caso di istituti del diritto straniero

---

<sup>115</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>116</sup> Cfr. in argomento FRANZINA, *L’applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell’Unione europea*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo, vol. II, Bari, 2017, p. 1113 ss.

sconosciuti alla *lex fori*. Il loro ingresso nello Stato è possibile se compatibili con i principi fondamentali della Costituzione, senza che ciò sia impedito dalla mancata previsione dell'istituto nella *lex fori*.

Quanto più ampia è la considerazione verso il diritto straniero tanto maggiore diventa l'esigenza di definire formule di dialogo tra ordinamenti in grado di assorbire quegli istituti di origine estranea che non trovano formule equivalenti nell'ordinamento del foro. In queste circostanze diventa decisiva la capacità degli operatori giuridici nazionali, ed in primo luogo dei giudici, di adattare l'ordinamento del foro all'istituto estraneo ricercando formule latamente equivalenti nella *lex fori*<sup>117</sup>. Il modello normativo interno deve infatti assorbire gli effetti normativi richiesti dalla *lex causae*<sup>118</sup>. Una tecnica del genere viene suggerita nella risoluzione "Substitution and Equivalence in Private International Law", adottata nel 2007 a Santiago dall'*Institut de Droit International*. Il suo art. 4 così recita: "Equivalence is determined according to the law applicable to the effects of the legal relationship or act which is the object of the comparison. The possibility and scope of substitution are determined by that same law". Anche il diritto internazionale privato europeo si pone nella stessa prospettiva. L'art. 31 del regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni prevede che, "se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti". I margini per questa operazione ermeneutica devono essere piuttosto ampi, flettendo formule della *lex fori* ai fini propri del diritto straniero richiamato. In sostanza si legittima l'impiego tanto dell'*analogia legis*, che espande – ove possibile – una specifica previsione normativa a fattispecie affini, quanto dell'*analogia iuris* che implica il ricorso ai principi generali di diritto.

<sup>117</sup> FRANZINA, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Essays in Honour of Laura Forlati Picchio*, a cura di Cortese, Torino, 2014, p. 188.

<sup>118</sup> ROSSILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 31.

### 13. Segue. *L'equiordinazione tra ordinamenti si estende al diritto internazionale privato comune del foro: il rinvio e la questione preliminare*

La relatività del modello legefornistico si estende anche alle sue norme comuni di diritto internazionale privato. Infatti, per effetto della logica di equiordinazione il diritto internazionale privato comune può vedere contraddette le sue scelte dal diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato e decidere di assumerle come proprie. Questa impostazione si spiega con il carattere intrinsecamente "unilaterale" della disciplina conflittuale predisposta dalla *lex fori* e trova perciò raramente riscontro nel diritto internazionale privato uniforme perché in questa seconda ipotesi la determinazione della legge applicabile è assorbita dallo stesso scopo dello strumento normativo internazionale o sovranazionale.

La costruzione dommatica tradizionale del diritto internazionale privato comune invece non dava rilevanza alla norma di diritto internazionale privato straniero in quanto le norme di conflitto del foro erano deputate a richiamare solo norme materiali straniere<sup>119</sup>. Diversamente accade in un sistema di diritto internazionale privato visto come strumento di coordinamento tra ordinamenti che ne assume (o ne presuppone), almeno concettualmente, la loro pari dignità. La regola sul rinvio conferma questo approccio. La scelta fatta dall'art. 13 della legge n. 218 evidenzia la consapevolezza del legislatore riformatore di voler mettere in discussione le proprie scelte in merito alla determinazione dell'ordinamento competente.

La questione preliminare è un altro aspetto da cui può emergere il carattere "non esclusivo" del diritto internazionale privato comune e riproporre a più alto livello il coordinamento tra ordinamenti<sup>120</sup>. In assenza di disposizioni specifiche sulla legge applicabile rispetto alla questione preliminare resta aperta la duplice possibilità espressa dal ricorso alla soluzione disgiunta o a quella congiunta<sup>121</sup>. Queste alternative stanno ad indicare le due opzioni possibili, vale a dire se la legge applicabile alla questione preliminare vada definita in modo autonomo dalla legge applicabile alla questione principale

---

<sup>119</sup> AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 57 s.

<sup>120</sup> Per una tale prospettiva, anche se con risultati diversi, cfr. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Bari, 1971, p. 42.

<sup>121</sup> È peraltro concettualmente possibile, anche se raramente previsto, che la soluzione congiunta consista nell'assorbire il regime normativo della questione principale nella legge applicabile alla questione incidentale: art. 8 della Convenzione de L'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e l'art. 8, par. 1, d) del Protocollo de L'Aja del 2007 nella stessa materia.



oppure debba essere assorbita da quella legge. L'esigenza di preservare la coerenza del diritto internazionale privato del foro induce a favorire la soluzione disgiunta, con la conseguenza di scindere la regolamentazione della fattispecie sotto l'egida di più norme di conflitto<sup>122</sup>. La regolamentazione unitaria espressa dalla soluzione congiunta, pur costringendo il giudice a contraddire il proprio sistema di norme di conflitto<sup>123</sup>, è maggiormente funzionale all'identità regolatoria della fattispecie nello spazio<sup>124</sup>. Perciò la soluzione congiunta è il più delle volte preferita dal diritto internazionale privato uniforme<sup>125</sup>.

In effetti, la soluzione congiunta conferisce maggiore stabilità – quindi maggiore continuità – al profilo principale considerato, limitando la frammentazione. Con un approccio del genere la questione preliminare perde la propria autonomia logico-concettuale, anche quando non ci siano elementi significativi di collegamento tra la legge regolatrice la questione principale e la fattispecie costituente la questione preliminare<sup>126</sup>. Questa considerazione spiega altresì l'opportunità per il giudice adito a titolo principale di assorbire nella propria competenza anche la cognizione della questione incidentale quando questa verti su un argomento per il quale lo stesso giudice non avrebbe competenza<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> CORNELOUP, *Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé. Années 2010-2012*, Paris, 2013, p. 195.

<sup>123</sup> BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 97 (1959), p. 490.

<sup>124</sup> SCHMIDT, *The incidental question in private international law*, in *Recueil des Cours*, vol. 233 (1992), p. 369 s.

<sup>125</sup> Cfr. l'art. 6 del regolamento UE n. 1259/2012 e l'art. 10, par. 1, del regolamento "Roma I" sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

<sup>126</sup> *Contra*: CORNELOUP, *Les questions préalables de statut personnel*, cit., p. 210.

<sup>127</sup> Cfr. l'art. 16 della proposta di rifusione del regolamento UE n. 2201/2003.