





Scelta e adattamento  
delle norme straniere  
richiamate

Studio di diritto internazionale privato



GIORGIO CANSACCHI

Scelta e adattamento  
delle norme straniere  
richiamate

Studio di diritto internazionale privato

*introduzione di*

GIOVANNI ZARRA

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane

**Ristampe  
della Scuola  
di specializzazione  
in diritto civile  
dell'Università  
di Camerino**

**a cura di Pietro Perlingieri  
e di Giovanni Perlingieri**

94

Riproduzione anastatica dell'edizione G. CANSACCHI, *Scelte e adattamento delle norme straniere richiamate. Studio di diritto internazionale privato*, Torino 1939.

CANSACCHI, Giorgio

Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate

Studio di diritto internazionale privato

Collana: Ristampe della Scuola di specializzazione  
in diritto civile dell'Università di Camerino, 94

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019

pp. 22+VIII+306; 24 cm

ISBN 978-88-495-3717-8

---

© 2019 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

GIOVANNI ZARRA

«Scelta» e «adattamento» alla prova  
del diritto internazionale privato  
del XXI secolo  
L'attualità del pensiero  
di Giorgio Cansacchi





Il diritto internazionale privato sta vivendo un periodo di profondi ripensamenti. Se, appena mezzo secolo fa, si parlava di «neutralità» (ossia di «insensibilità ai valori») della norma di conflitto, oggi la situazione è radicalmente mutata. Il diritto internazionale privato è costantemente attore e strumento per il raggiungimento di obiettivi materiali e, quindi, per il soddisfacimento di istanze individuali attinenti ai diritti fondamentali<sup>1</sup>.

L'influenza dei valori normativi fondamentali sul diritto internazionale privato riguarda, a ben vedere, *tutti* gli aspetti della disciplina. Si va, infatti, dalla scelta di un criterio di collegamento che non costituisca fonte di discriminazione per ciascuna delle parti in causa, alla possibile valutazione della costituzionalità del diritto straniero, fino ad arrivare alle profonde discussioni riguardanti il concetto di ordine pubblico internazionale.

Per quanto riguarda il primo dei menzionati aspetti, è sufficiente far riferimento alla (già abbastanza risalente) questione attinente all'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato. Si riteneva, infatti, che i criteri di collegamento sanciti dalle norme di diritto internazionale privato non potessero essere oggetto di

<sup>1</sup> P. FRANZINA, *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto internazionale privato: il caso della protezione degli adulti vulnerabili*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, p. 1 ss., il quale ha messo in evidenza che «l'attitudine dei diritti umani ad influire sulla fisionomia delle norme di diritto internazionale privato e sulle dinamiche che presiedono la loro concreta applicazione costituisce, oggi, un dato pressoché incontrovertibile». Cfr. anche G. ZARRA, *Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 1238-1240; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2014, p. 549 ss.; ID., *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 773 ss.; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss.; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2014, p. 523 ss.; P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in ID. (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, p. 3 ss.

controllo di costituzionalità visto il loro contenuto non materiale, bensì strumentale. Le norme di conflitto, infatti, in teoria altro non farebbero che costituire un «ponte» tra ordinamenti giuridici diversi. Attenta dottrina<sup>2</sup>, tuttavia, già negli anni '70 rilevava la scorrettezza di quest'approccio, posto che anche un criterio di collegamento può – di per sé – essere foriero di discriminazioni. Esempio manifesto di questa possibilità può ritrovarsi nell'(oggi non più in vigore) art. 18 delle disposizioni preliminari al codice civile, il quale prevedeva che «[i] rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza sono regolati dall'ultima legge nazionale che sia stata loro comune durante il matrimonio o, in mancanza di essa, dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio» (corsivo aggiunto). Similmente, l'art. 19 affermava che «[i] rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio» e l'art. 20 disponeva che «[i] rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio». Si tratta di criteri collegamento – scelti all'epoca del fascismo – i quali sono manifestamente improntati ad una visione paternalistica della famiglia e che, in quanto tali, generano, *in re ipsa*, una discriminazione. Non a caso, con le sentenze 26 febbraio 1987, n. 71, e 10 dicembre 1987, n. 477, la Corte costituzionale ha riconosciuto che tali norme si ispiravano «a principi [...] sottesi alla disciplina giuridica interna dell'istituto» e formulavano «una scelta di ordine normativo» suscettibile di essere messa a confronto con «le scelte di fondo di carattere costituzionale». Come è stato correttamente osservato, infatti, una volta stabilito che «nella formulazione del criterio di collegamento si adotta una scelta di ordine normativo, ne discende logicamente che tale scelta non può non confrontarsi con le scelte di fondo a livello costituzionale rispetto alle quali assuma rilievo il principio (o valore)

<sup>2</sup> A. GIARDINA, *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 15 ss.

cui essa si ispira»<sup>3</sup>. Di conseguenza, le disposizioni menzionate sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per contrasto con gli artt. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost.

Passando alla possibile valutazione di costituzionalità del diritto straniero (rispetto all'ordinamento di provenienza), questa è un altro degli ambiti nei quali la tendenza di cui parliamo sembra essersi manifestata. Da una sostanziale riluttanza rispetto alla possibilità che un giudice nazionale valuti se una norma straniera da applicare sia o meno conforme alla Costituzione dell'ordinamento di provenienza, si è arrivati – attraverso l'operato della prassi dei giudici interni (in particolare inglesi)<sup>4</sup> e passando per una tesi secondo la quale questo tipo di controllo fosse possibile solo ove la *lex causae* prevedesse un controllo di costituzionalità diffuso<sup>5</sup> – all'idea (condivisa dagli ultimi commentatori che si sono occupati del tema)<sup>6</sup> che questa valutazione sia sempre possibile per il giudice, allo scopo di garantire adeguata tutela ai diritti delle parti in causa ed evitare che un soggetto si trovi ad essere discriminato per il sol fatto che il sistema di diritto applicabile preveda un sistema di costituzionalità accentrato.

Con riguardo all'ordine pubblico, infine, si è di recente rilevato<sup>7</sup> che si tratta di un concetto che si compone dei principi fon-

<sup>3</sup> B. POLETTI DI TEODORO, *Una svolta storica nel diritto internazionale privato italiano: il primo intervento abrogativo della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1987, c. 2314.

<sup>4</sup> Special Immigration Appeals Commission, 18 May 2012, *Y1 v. Secretary of State for the Home Department*, SC/112/2011; High Court of Justice, Queen's Bench Division, 5 March 2009, Court of Appeal, 8 July 2010, *Hilal Abdul-Razaq Al Jeddah v. The Secretary of State for Defence*, (2009) WC2A2LL, (2010) EWCA Civ 758 (CA).

<sup>5</sup> Cfr., tra gli altri, S.M. CARBONE, *Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 685 ss.

<sup>6</sup> G. BADIALI, *Il ruolo di giudice nel controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 611 ss.; G. ZARRA, *Constitutionality Review of Foreign Law: The Relevance of Substantive Concerns*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 940 ss.

<sup>7</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, pp. 8 e 48 ss.

damentali ed identificativi di un certo sistema giuridico, i quali tendenzialmente devono prevalere su istanze assiologiche confliggenti, anche nei casi con elementi di estraneità (in opposizione ai principi c.d. tecnici, i quali rappresentano scelte contingenti del legislatore e che sono suscettibili di deroga da parte del diritto straniero)<sup>8</sup>. Va rimarcato, tuttavia, che le circostanze materiali, i valori e principi in gioco dovranno essere bilanciati di volta in volta in modo tale da ottenere la soluzione più adeguata al caso concreto. Si pensi, per assurdo, ad una donna *che desideri* essere ripudiata dal marito: il non riconoscimento del ripudio per la sua astratta contrarietà all'ordine pubblico (costituito, anche in questo caso, dal principio di eguaglianza dei coniugi) genererà esattamente l'effetto opposto a quello desiderato dall'ordinamento (ossia la tutela della donna). È quindi il caso concreto che deve guidare l'interprete nel bilanciamento dei principi fondamentali che costituiscono l'ordine pubblico.

In materia di ordine pubblico, tra l'altro, la visione del Cansacchi si mostra quanto mai attuale, in particolare in merito alla funzione promozionale di questa clausola generale e alla distinzione tra principi tecnici e principi fondamentali. Con riguardo al primo aspetto, Cansacchi osserva che «[i] principi di ordine pubblico della *lex fori* non hanno [...] funzione esclusivamente negativa: quella, cioè, di impedire l'inserzione nell'ordinamento richiamate di norme ad essi contrarie. A questi principi è pure connessa una funzione positiva: quella di estendere alle materie rispetto alle quali dovrebbero realizzarsi norme estere contrarie all'ordine pubblico le statuizioni esclusive del proprio ordinamento»<sup>9</sup>. Da queste osservazioni, l'essere precursore del celebre autore balza immediatamente agli occhi. Se, nelle visioni tradizionali (neppure troppo risalenti) si affermava costantemente che l'ordine pubblico fosse un

<sup>8</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*, ed in particolare le note 43, 55, 332; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 28 ss.

<sup>9</sup> P. 211.

mero *limite* all'applicazione del diritto straniero (o all'esplicazione dell'autonomia contrattuale)<sup>10</sup>, oggi se ne riconosce anche la funzione propositiva derivante dalla protezione e promozione dei principi fondamentali che ne sono parte<sup>11</sup>. In altre parole, la necessaria applicazione dei principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordine pubblico ne determina la funzione positiva. Per quel che concerne, poi, la distinzione tra principi tecnici e fondamentali, nella sua trattazione, Cansacchi rileva che l'ordine pubblico si compone di principi e che «[o]gni ordinamento present[a] due tipi di principi: principi particolari al sistema delle norme materiali poste dal legislatore, e quindi non suscettibili di estendere la loro funzione di collegamento ai complessi delle norme straniere inserite, e principi, invece, di carattere generale estendenti questa loro funzione a tutto l'ordinamento giuridico»<sup>12</sup>. Vi sono quindi «principi, i quali coordinano solamente le norme materiali interne e possono coesistere con norme straniere imbevute di principi di altri ordinamenti più o meno contrastanti con essi, e vi sono, invece, altri principi, i quali – affermando fondamentali esigenze etico-sociali dell'ordinamento giuridico – non possono né conciliarsi, né, tanto meno, piegarsi a principi contrastanti di ordinamenti stranieri, trasfusi nel contenuto delle norme provenienti da questi ordinamenti»<sup>13</sup>. Dunque, «allorché il sistema di diritto internazionale privato introduce nell'ordinamento del foro una norma straniera fondata su di un principio contrastante con uno di quelli ritenuti fondamentali di questo ordinamento, si verificherà, per il tramite della norma straniera, un concorso ed un conflitto tra due principi: quello straniero, introdotto dalla norma richiamata ed in essa realizzato, e quello del foro estendente la sua sfera di efficacia a

<sup>10</sup> L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, p. 133; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Roma, 1913, p. 57 ss.; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1983, p. 282.

<sup>11</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., pp. 219-220, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> P. 208.

<sup>13</sup> P. 210.

quest'intero ordinamento. Questi principi saranno evidentemente insuscettibili di conciliazione»<sup>14</sup>, con chiara prevalenza dei principi fondamentali del diritto interno. Al riguardo, sebbene il riferimento ad una componente etico-sociale nel contenuto dell'ordine pubblico sia di evidente derivazione del pensiero del tempo in cui si scriveva – posto che oggi non può negarsi che il contenuto dell'ordine pubblico si limiti a principi di natura giuridica (i quali sono basati su preve valutazioni di carattere etico e morale)<sup>15</sup> – in ogni caso non può che esprimersi apprezzamento per la lucidità della distinzione e per la modernità della stessa.

Il bilanciamento secondo ragionevolezza e le scelte valoriali sono, quindi, al centro dell'analisi internazionalprivatistica. Ciò comporta che si compiano – in ogni momento del processo interpretativo che coinvolge il diritto internazionale privato ed il diritto straniero – scelte tra possibili soluzioni diverse e che queste scelte non possano che essere guidate dai principi fondamentali del sistema ordinamentale. Ed è proprio il concetto di scelta, centrale nell'analisi del Cansacchi, che, come vedremo, ne dimostra la particolare lungimiranza.

Chiaramente, il pensiero del celebre autore va contestualizzato nel momento storico in cui esso si inseriva. Cansacchi, pur riconoscendo – come vedremo – un ruolo attivo all'interprete nel procedimento di applicazione del diritto straniero (da qui «scelta» e «adattamento»), resta comunque ancorato all'idea della sussunzione (assolutamente prevalente agli inizi del secolo scorso). Da un lato, quindi, la norma straniera va inserita, in via interpretativa, nel sistema di diritto che la riceve, ma, dall'altro lato, il caso concreto sembra – almeno apparentemente – non rivestire un ruolo centrale nell'analisi dello studioso. Ad una disamina attenta, comunque, non può che addivenirsi alla conclusione che l'applicazione delle stesse idee di Cansacchi possa aver luogo correttamente soltanto sulla base del riconoscimento della centralità del caso concreto, delle sue

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. 29 ss.

peculiarità e dei conflitti assiologici che comporta. Vediamo perché.

Cansacchi afferma che «[u]no stesso tipo di fatto o di relazione della vita reale, nel suo materiale accadimento, non può ricevere, nell'ordinamento statuale in cui assume rilevanza, che un'unica valutazione giuridica, evitandosi così duplicità di giudizio in oggetto al *modo di essere* della sua concreta realizzazione»<sup>16</sup> (corsivo in originale). Da un lato ciò è vero perché nel momento applicativo l'ordinamento è unitario, posto che la regola di giudizio per il caso concreto è solo una e deriva dal ragionevole bilanciamento di tutte le fonti potenzialmente interessate al caso; dall'altro comunque non si possono dare risposte assolute senza tener conto del fatto che le peculiarità del caso concreto influiscono decisamente sull'esito di un processo interpretativo. Di questo Cansacchi appare ben conscio quando, anche facendo riferimento all'*Introduzione alle scienze giuridiche* di Perassi, riconosce «la necessità di una *armonia*, di una *coordinazione logica* fra le norme che, in un dato ordinamento, valutano i rapporti privati. Si è giustamente osservato che «un ordinamento giuridico non è semplicemente una massa di norme, ma “un *sistema di principi e di norme* [...] un corpo organico di norme collegate e coordinate secondo certi principi generali”; poiché queste norme si intrecciano, si coordinano, si presuppongono è necessario che il legislatore, nel porle, abbia tenuto conto di questa esigenza»<sup>17</sup>. E sebbene il celebre autore ancora propugni l'applicazione del diritto sulla base di un processo deduttivo, nella sua opera sono già evidenti i segnali del superamento, almeno parziale, di questo approccio. Non si può infatti negare che – rispetto ai casi puramente interni – il ruolo dell'interprete nell'armonizzare i precetti giuridici e nel bilanciare le diverse istanze assiologiche di volta in volta in gioco, è anche maggiore nell'ambito del diritto internazionale privato. Cansacchi vede questa necessità di armonizzazione come connessa all'opportunità

<sup>16</sup> P. 7.

<sup>17</sup> P. 11 (e si veda, similmente, p. 18).

di evitare che «uno stesso contegno umano o situazione naturale dovesse – nel suo concreto accadimento – essere valutata con canoni di valutazione contrastanti»<sup>18</sup> o che si inseriscano «nell'ordinamento del foro [...] una pluralità di norme materiali, le quali non presentano una sfera di applicazione differenziata in ordine a determinate fattispecie, venendosi così a sovrapporre, per lo più inconciliabilmente, nella valutazione delle medesime»<sup>19</sup>. È nostra opinione che, al giorno d'oggi, questo processo da effettuarsi in via interpretativa vada esteso anche alla necessità di tenere conto delle numerose pretese di tutela che si manifestano nel caso concreto e che vanno ragionevolmente bilanciate allo scopo di consentire la decisione che meglio di tutte contemperi gli interessi e i valori in gioco. Il metodo offerto da Cansacchi è, quindi, più che mai attuale.

La «scelta», come già anticipato, riguarda tutti i momenti del diritto internazionale privato. Come rileva l'autore, «l'intero processo del diritto internazionale privato si [può] ricondurre ad un *concorso* tra una pluralità di norme materiali e ad una corretta *scelta* fra le medesime al fine di ottenere che ciascun fatto di commercio giuridico internazionale – nel suo effettivo accadimento – abbia un canone di valutazione giuridica ed *uno soltanto*»<sup>20</sup>. Perfino all'atto della qualificazione «l'interprete [potrà] dubitare fra due o più qualificazioni [all'interno della *lex fori*] e, conseguentemente, proporre l'inclusione del fatto o rapporto sociale di un determinato tipo in una o nell'altra categoria di rapporti apprestate dal suo sistema di diritto internazionale privato, ma il dubbio od il contrasto di opinioni non viene superato con la congiunta e contemporanea inclusione del fatto in due o più categorie di rapporti, ma con una scelta tra queste»<sup>21</sup>.

Ma come si «sceglie» tra due o più norme straniere, tra una o più norme interne da adottare come parametro di qualificazione o tra due o più regole e principi che concorrono alla formazione del-

<sup>18</sup> P. 18.

<sup>19</sup> P. 19.

<sup>20</sup> P. 22.

<sup>21</sup> P. 35.



l'ordine pubblico in un certo caso? Per Cansacchi, da un lato, «questa coordinazione – comunque fatta – avrà sempre alcunché di arbitrario, essendo da un lato giustificata da considerazione di equità e di logica, e dall'altro non sorretta da precisi disposti o almeno da direttive legislative, ma dalla maggiore o minore sensibilità coordinatrice del giudice della *lex fori*»<sup>22</sup> e/o «da esigenze di logica e di opportunità»<sup>23</sup>. Dall'altro lato, lo stesso autore già riconosce che «[s]pesso l'interprete dovrà attenersi ad un criterio preferenziale scorgendo nella norma materiale del suo ordinamento l'adempimento di uno scopo [...] che non è il solo a cui essa assolve con la valutazione del fatto, ma che – tenuto conto di vari elementi – può apparire quello prevalente»<sup>24</sup>. Certamente oggi la risposta alla domanda che ci siamo posti può (e deve) essere ricercata nei principi fondamentali dell'ordinamento. È solo l'analisi di questi ultimi – il ragionevole bilanciamento degli stessi – che può portarci a stabilire quale sia la soluzione (unica e unitaria) più conferme al sistema. E, del resto, questo è già *in nuce* riconosciuto da Cansacchi nel passo appena riportato là dove discorre di «scopo». Se è vero che i principi dettano le direttrici fondamentali lungo le quali un ordinamento può muoversi, lo scopo che sottende alle norme giuridiche (all'interpretazione delle stesse) non può che derivare da una lettura dei principi stessi.

Altro punto cruciale dell'analisi del Cansacchi sta nel riconoscere che «la coordinazione delle norme straniere richiamate [deve] spesso ottenersi nell'ordinamento richiamante (o del foro) con adattamenti e modificazioni del loro contenuto e delle loro originarie statuizioni»<sup>25</sup>. Si tratta di «casi in cui il giudice della *lex fori* perviene a modificare la struttura delle norme materiali straniere, inserite nell'ordinamento richiamante, onde armonizzarle nella valutazione di una complessa fattispecie»<sup>26</sup>. O, d'altra parte, può essere

<sup>22</sup> P. 297.

<sup>23</sup> P. 230

<sup>24</sup> P. 44.

<sup>25</sup> P. 23.

<sup>26</sup> P. 93.

necessario adattare una categoria del diritto interno per ricomprendere una categoria straniera che qui non esiste. Quest'ultima evenienza «non può arrestare l'interprete nella ricerca dell'esatta qualificazione da attribuire a tale tipo di rapporto sociale: come bene rileva l'Ago: "qualunque rapporto della vita reale, anche se non si ritrovi direttamente contemplato da una norma sostanziale, è sempre suscettibile di essere in qualche modo assunto dal diritto materiale di un determinato ordinamento", quindi, conclude l'Ago: "gli ampi criteri dell'ermeneutica giuridica permetteranno sempre, salvo casi eccezionalissimi, di individuare una norma (materiale della *lex fori*) dalla quale ricavare una valutazione giuridica del rapporto stesso, e conseguentemente di ricavare un criterio in base al quale lo si possa assegnare alla categoria indicata dall'una o dall'altra regola di collegamento"»<sup>27</sup>. In particolare, per «istituti c.d. esotici di civiltà non europea [...] sarà sempre possibile trovare nel nostro ordinamento norme materiali o almeno principi giuridici che di questi rapporti diano una qualche valutazione giuridica e che quindi forniscano una traccia per classificare i medesimi in una o nell'altra delle categorie di rapporti apprestate dal sistema di diritto internazionale privato»<sup>28</sup>. Si tratta, del resto, di una esigenza fisiologica dei sistemi di diritto internazionale privato «giacché, fino a quando nell'ordinamento del foro i fatti di commercio internazionale verranno valutati da norme provenienti da distinti ordinamenti, la necessità di modificare il contenuto di queste singole norme e di coordinarne i rispettivi precetti si produrrà sempre»<sup>29</sup>. La modificazione derivante dall'adattamento può riguardare sia il contenuto della disposizione straniera sia la propria statuizione, ossia l'effetto giuridico che essa connette all'accadimento dei fatti ipotizzati<sup>30</sup>.

Questo è ciò che comunemente accade, per esempio, quando

<sup>27</sup> P. 45, citando R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 159.

<sup>28</sup> P. 46.

<sup>29</sup> P. 227.

<sup>30</sup> P. 228.

dinnanzi agli interpreti si pongono istituti come la *kafalah*<sup>31</sup> o il ripudio<sup>32</sup>. Di fronte a questi ultimi, il giudice interno – stabilita la meritevolezza degli interessi ad essi sottesi – adotta e fa propria la disciplina straniera; al fine di superare eventuali problemi interpretativi e applicativi relativi all'inquadramento del caso concreto e della normativa straniera nel sistema ordinamentale, egli potrà comunque fare un uso strumentale delle disposizioni domestiche che disciplinano casi simili, adattandole, *mutatis mutandis*, alla situazione concreta. Non a caso, come riconosciuto dal Cassoni quasi cinquanta anni dopo l'opera del Cansacchi, «data la natura e i compiti del diritto internazionale privato ed in particolare il suo scopo di disciplinare sí relazioni intersoggettive, ma di natura internazionale, cioè distinte dai rapporti intersoggettivi interni, la costruzione delle categorie di diritto internazionale privato si compie [...] in maniera autonoma. Essa, cioè, riflette questa esigenza primaria che le consente di prescindere – se del caso – dal materiale che è proprio del diritto sostanziale e di giungere alla formulazione di una categoria che è piú ampia rispetto agli ordinari e tradizionali istituti del diritto internazionale privato». Anche qui troviamo conferma della centralità del concetto di «adattamento» introdotto dal Cansacchi e della modernità della sua opera.

La lettura dell'opera di Cansacchi ci consente anche di svolgere alcune considerazioni finali sul tema del c.d. «mito» della cer-

<sup>31</sup> Si tratta di un istituto in base al quale un soggetto, il *kalfil*, si impegna a rendersi cura del minore, ma non instaura (a differenza dell'adozione) con lui alcun legame giuridico di filiazione. A tal riguardo si deve prendere atto della svolta giurisprudenziale a séguito della quale, seppur un istituto simile alla *Kafalah* non esista nel diritto interno, i giudici hanno dato efficacia a questo tipo di provvedimenti esteri (spesso trattandoli come forme di adozione *sui generis*) sulla base della tutela degli interessi del minore. G. PIZZOLANTE, *La Kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 947 ss.; C.E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, *ivi*, 2014, p. 43 ss.; C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della Kafalah: una questione non ancorarisolta*, *ivi*, 2015, p. 541 ss.; R. GELLI, *Il riconoscimento del minore in Kafalah alcittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 127 ss.

<sup>32</sup> Cfr. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. 141 ss.

tezza del diritto<sup>33</sup> nella materia del diritto internazionale privato. Come correttamente rilevato, la realtà «non è sintetizzabile in tipi e modelli prefissati»<sup>34</sup> e, di conseguenza, «la scienza giuridica [...] non può risolversi in schemi astrattamente previsti dal legislatore ma richiede la considerazione di numerosi elementi (tra i quali la fattualità e la pluralità delle fonti) estranei al circuito chiuso volontà legislativa/testo. Il testo non è mai autosufficiente e il dato normativo è soltanto un elemento, sia pure tra i più significativi, dell'esperienza giuridica, la quale è composta non soltanto di aspetti sociologici, economici, religiosi, morali, ma da materiali (dottrina, giurisprudenza, prassi, circolari amministrative, pronunce di Autorità indipendenti) che concorrono a formulare la *regola iuris*, nonché a costruire la fattispecie o la normativa per il caso concreto»<sup>35</sup>. Di conseguenza «[i]l giurista per risolvere un caso non deve partire dalla *fattispecie astratta* ma deve prima analizzare la *quaestio facti* per poi individuare, tramite il ricorso all'ordinamento giuridico (composto da una pluralità di principi, regole, tipi, categorie, etc.), la soluzione più adeguata o l'individuazione della normativa più congrua»<sup>36</sup>. In conclusione, «[l']analisi dei fatti, il bilanciamento dei principi, la valutazione comparativa degli interessi, l'individuazione dei valori normativi che un dato sistema giuridico pone come prioritari rispetto ad altri sono elementi indefettibili dell'attività ermeneutica che aiutano a controllare, verificare e giustificare la soluzione evitando mere valutazioni linguistiche insensibili e distanti non soltanto dalla complessità della realtà e dalla varietà dei fatti ma dallo stesso ordinamento giuridico vigente. Compito dell'interprete non è soltanto quello di individuare il significato di un testo, ma di controllare e verificare il risultato dell'attività ermeneutica alla luce di principi e valori normativi»<sup>37</sup>. Anche facendo rife-

<sup>33</sup> G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>34</sup> *Ivi*, p. 55.

<sup>35</sup> *Ivi*, pp. 55-56.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 57.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 35.

rimento a quanto detto sopra in merito ad una possibile lettura moderna del ruolo dell'interprete nel pensiero del Cansacchi, non si potrà che addivenire alla conclusione secondo la quale la complessità delle situazioni fattuali che si verificano negli odierni ordinamenti giuridici e la pluralità di fonti che su di esse insistono richiedono necessariamente una certa flessibilità da parte degli interpreti, che si sostanzia nel superamento della tecnica della susunzione e nell'adozione di un metodo basato sul ragionevole bilanciamento dei principi e dei valori di volta in volta coinvolti. Ciò è, a maggior ragione, vero nel diritto internazionale privato, disciplina in cui, innanzitutto, le già evidenziate necessità di adattamento di discipline non sempre conformi centralizza ancor di più la posizione dell'interprete e, in secondo luogo, la necessità di tutelare i diritti in gioco nel caso concreto spesso richiede il superamento di posizioni astratte e preconette. Proprio per questo motivo, come abbiamo sostenuto altrove, può talvolta essere opportuno riconoscere situazioni di poligamia o ripudio anche se queste sembrano, in senso astratto, contrarie all'ordine pubblico internazionale<sup>38</sup>. Ciò perché la «legge non contiene ma conduce alla soluzione»<sup>39</sup> dei casi: sta all'interprete raggiungere quella *relativamente migliore* alla luce dei principi e dei valori del sistema. Non si tratta, qui, di giurisprudenza creativa<sup>40</sup>, ma della semplice presa d'atto della necessità di adottare decisioni che, in una società multiculturale e in cui coesistono istanze valoriali diverse ma tutte semmai degne di tutela (e ciò vale, a maggior ragione, nel diritto internazionale privato), possano – sempre nel rispetto del principio di legalità – essere quanto più possibile conformi allo «spirito»<sup>41</sup> del sistema giuridico.

<sup>38</sup> Cfr. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. 116 ss.

<sup>39</sup> J.E.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 43.

<sup>40</sup> Sul punto cfr. G. PERLINGIERI, *Portalis*, cit., p. 26 ss.

<sup>41</sup> E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987, p. 99.

