PHOCION FRANCESCAKIS
*Maître de Recherches au Centre National
de la Recherche Scientifique*

DIRITTO NATURALE
E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Nota della Redazione. Il prof. Francescakis ha tenuto corsi di diritto internazionale privato nella Università di Urbino nei corsi estivi degli anni 1959, 1960, 1961 e 1962.

INTRODUZIONE

Compiti e limiti di una indagine sulla funzione del diritto naturale in diritto internazionale privato ()*

1. Anche gli oppositori più accaniti del diritto naturale ammettono che questa figura abbia, in un passato ancora recente, svolto una funzione importante per l'elaborazione del diritto internazionale positivo. Si può dire che essa conservi tuttora un'uguale funzione? Se i pubblicisti ne discutono, ciò avviene, mi sembra, solo sotto il profilo della vitalità del concetto, perchè relativamente all'impiego del termine stesso di diritto naturale, si deve ammettere che esso è, ai giorni nostri, escluso dalla terminologia diplomatica, come dal linguaggio della giurisprudenza internazionale ⁽¹⁾.

Cosa si può dire della espressione e del concetto stesso nel campo del diritto internazionale privato? Questo è il tema che vorremmo proporre in questa sede all'osservazione e alla riflessione. Il compito può invero sembrare temerario, soprattutto essendo intrapreso in omaggio ad un maestro il cui esempio impegna più che ogni altro ad una rigorosa precisione.

Il nostro proposito non è però di cercar di inserire in questa sede la profonda, secolare discussione su ciò che è il

(*) Questo studio appare in lingua francese nel I vol. dei *Mélanges offerts à Jacques Maury*. La traduzione italiana è a cura di Alessandro Migliazza (N.d.R.).

(1) Non lo si trova per esempio, nell'indice del Repertorio di HAMBRO, *La jurisprudence de la Cour internationale*, Leyden, 1952.

diritto naturale ed in qual modo esso può venire utilizzato ⁽²⁾, ma bensì quello, meno ambizioso, di determinare se, preso in un certo senso, il concetto di diritto naturale eserciti una determinata funzione nel diritto internazionale privato.

2. Conviene in primo luogo spiegare questa duplice limitazione della nostra indagine, perchè essa è soltanto relativa. Ciò che la giustifica è innanzitutto l'estrema ricchezza di significati e di utilizzazioni del concetto di diritto naturale. Ma si è lontani dall'aver esaurito il discorso, quando si è ricordato che la definizione di questa espressione è difficile, e che le parole richiamano, più che non avvenga solitamente, realtà male isolate, eterogenee, fugaci. Non bisogna dimenticare, infatti, che se il diritto è problema di espressione, è anche problema di utilizzazione di essa. Che una frase apparentemente ereditata dalla filosofia greca abbia potuto rappresentare nel corso dei secoli il segno, la testimonianza precisa attraverso la quale idee diverse hanno influito sul diritto ⁽³⁾, è un fatto pieno di significato. « *Le pavillon couvre la marchandise* »: l'adagio dà l'immagine della funzione empirica dei concetti nel diritto. Ed è esattamente ciò che impedisce di eliminare una volta per sempre il diritto naturale, sostituendovi una o più categorie, alle quali si è creduto di poterlo ridurre attraverso l'analisi, come ad esempio « la giustizia », « i principî generali », « la ragione », « l'opinione », « la politica

⁽²⁾ Vedi, fra i lavori recenti, VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957; *La question du droit naturel*, articolo destinato alla *Encyclopedia Winklers* di prossima pubblicazione; *Une définition du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 55; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, II ed. 1955; FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechtes*, vol. I, Zollikon-Zurich, 1954; STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, trad. di Monique Nathan e Eric de Dampierre, Paris, 1953; ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe, 1955.

⁽³⁾ Sul punto, però, che in diritto inglese e nel Medio Evo il termine « ragione » venga utilizzato per indicare l'estrinsecazione del diritto naturale vedi DAVID-GUTTERIDGE-WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 158.

legislativa » ecc., le quali d'altronde non evitano a loro volta che vengano sollevati ardui problemi di definizione.

Spesso non tanto la molteplicità di significati di un termine è pericolosa, quanto il fatto che lo si impieghi con un significato preciso, che può non essere quello comune: come, per esempio, se un giurista che lo intende secondo il pensiero di San Tommaso, perchè ha letto gli scrittori neo-tomisti, discutesse di ciò con un altro, la cui preparazione in materia deriva direttamente dalla dottrina del XVII secolo. In questo caso sorge un semplice problema di precisazione di termini, con la particolarità che la terminologia discende direttamente da presupposti filosofici. È quanto venne dimostrato in Francia dai lavori, vigorosi e limpidi, di Michel Villey ⁽⁴⁾.

3. Una tale situazione dovrebbe però, tutto considerato, meravigliare meno delle obiezioni che essa ispira a certi giuristi contro l'impiego della nozione di diritto naturale. Infatti il caso del diritto naturale non è affatto il solo in cui il diritto si serve di termini pesantemente oberati da discussioni filosofiche. Ciò succede, per esempio, in diritto civile quando si impiegano, senza darsene peso, parole quali « volontà » o « libertà » il cui significato si presta altrettanto poco ad una definizione strettamente giuridica. Senza dubbio al di là di un certo limite le difficoltà semantiche cessano di regola di essere di competenza del giurista.

Inoltre — e con ciò si supera il più forte argomento di chi fa discendere la soluzione del problema da premesse filosofiche — la difficoltà proviene qui non tanto dal fatto che l'espressione diritto naturale è desunta dalla terminologia filosofica, ma dal fatto che essa è, per mezzo della parola « natura », in comunicazione aperta con il linguaggio comune e ne segue quindi il variabile divenire. La difficoltà non consiste pertanto nel fatto

⁽⁴⁾ Vedi *supra*, p. 114, nota 2.

che il termine assuma significati diversi, quanto nel fatto che esso comporti un margine di impressione che non si può eliminare; il che significa che non se ne può fare una esatta analisi.

La critica alla nozione, tanto tradizionale quanto la nozione stessa ⁽⁵⁾, ha piuttosto mirato alla « disintegrazione » di un concetto rispetto al quale essa è riuscita solo a dimostrare che l'affermazione non aggiunge nulla alla somma degli elementi costitutivi. *Δίκης ὄνομα οὐκ ἂν ᾗδεσαν, εἰ ταῦτα μὴ ᾔν*, dice un frammento di Eraclito: essi non conoscerebbero il nome della giustizia, se questa non esistesse ⁽⁶⁾.

4. Si impone poi un'osservazione, ove si voglia indagare il problema anche con metodo storico. Non bisogna infatti troppo ricercare la purezza dogmatica dei modi di utilizzazione del concetto. È vero infatti che in tempi successivi Aristotile, gli stoici, la filosofia religiosa del Medio Evo e i giusnaturalisti del XVII secolo hanno avuto circa il diritto naturale concezioni più o meno diverse. E non si tratta che dei momenti di maggior rilievo dell'evoluzione storica in questa materia: l'elenco minuzioso dei reali significati del termine che Erik Wolf ha recentemente redatto in Germania ⁽⁷⁾ rivela una varietà ancora più grande di quella che comunemente si immagina. Ma ogni qualvolta si individui una concreta esplicazione del diritto naturale, ciò non autorizza a riportarla ad uno dei diversi significati con cui la parola si è affermata in una certa epoca, perchè nulla impedisce di pensare, ad esempio che l'esplicazione si richiami a idee anteriori, e cioè che il diritto naturale abbia agito con tutto il suo peso storico.

⁽⁵⁾ La tesi attribuita da Diogene Laerzio ad Archelao, filosofo presocratico: τὸ δίκαιον οὐ φύσει ἀλλὰ νόμῳ εἶναι (il diritto non esiste per la natura, ma per la legge) contiene già in germe tutto il positivismo legalistico.

⁽⁶⁾ DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 2 ed., vol. I, 1912, p. 82, n. 23.

⁽⁷⁾ *Op. cit.*, p. 114, nota 2.

La seconda spiegazione è più convincente per chi crede che le idee non operino isolate, ma attraverso una memoria collettiva dagli oscuri recessi, rispetto alla quale hanno valore anche i fatti di informazione personale degli individui, dalle lacune e dalle « ipertrofie » imprevedibili.

Per queste ragioni l'accantonare una indagine sulla funzione del diritto naturale nel diritto internazionale privato non potrebbe avvenire se non in senso relativo. In questa sede, come in altre, non si può affermare che il concetto sfugga all'incertezza e si può supporre che le conclusioni relative alla sua funzione in diritto internazionale privato si possano estendere al di là di questo ramo del diritto.

5. All'inizio dell'indagine si pone non tanto il problema del significato quanto quello della funzione del diritto naturale, e ciò sia perchè il problema appare più agevole, sia perchè, come risulta dalle precisazioni che precedono, la funzione del termine ha in questa sede più importanza del suo significato.

Si deve ammettere, così come noi facciamo, che questa funzione consista nella *rilevazione* del diritto, considerato come un dato apparentemente e formalmente in vigore, che si possa *prima facie* applicare ad un caso concreto. Chiameremo questo diritto diritto positivo, senza preoccuparci a questo proposito di altri problemi ⁽⁸⁾.

Il diritto naturale opera nei confronti del diritto positivo tendendo, nei casi concreti, alla *ricusazione* di questo, in altre parole ad una conclusione negativa sulla sua forza obbligatoria. Si è quindi raggiunto un primo risultato: si tratta, visto sotto il solo aspetto negativo, dell'antico problema della disobbedienza alle leggi ingiuste. Ma si può anche configurare il fenomeno come più complesso, in quanto si desuma dal diritto naturale un

(8) Su questi e sulla storia del concetto di « diritto positivo » specialmente in diritto internazionale pubblico, vedi da ultimo Aco, *Diritto positivo e diritto internazionale, Scritti in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, pp. 1-64.

comando, una norma precisa: così in una epoca storica se ne è dedotta tutta una serie di « diritti dell'uomo » ⁽⁹⁾.

Certamente dopo questo intervento creatore del diritto naturale, la soluzione data al problema può a sua volta divenire positiva. Se la pratica — innanzitutto quella dei tribunali — serba le tracce di un influsso rispetto ad una controversia, ne avrà argomento per accogliere la soluzione in altri casi. Essa sarà quanto meno portata ad agire in questa maniera nella misura in cui si sentirà, come oggi si dice, vincolata dai propri precedenti. Si parlerà allora — in funzione, nei vari sistemi giuridici, della gerarchia delle fonti del diritto ⁽¹⁰⁾ e della loro importanza reciproca — di diritto giurisprudenziale o consuetudinario. Si avrà in ogni caso un fenomeno che la dottrina tedesca indica col termine di *Positivierung* ⁽¹¹⁾: il diritto naturale si sarà mutato in diritto positivo.

6. A questo punto del discorso si pone tuttavia una obiezione contro il diritto naturale, così importante da non poter essere trascurata anche nei limiti ristretti della ricerca che ci siamo proposti. Per molti giuristi delle generazioni immediatamente precedenti alla nostra, la scienza giuridica non si dovrebbe interessare dell'intero processo che abbiamo descritto, ma solo del suo risultato, vale a dire della norma positiva, una volta che essa venga posta. Tutto ciò che precede il sorgere del diritto è al di fuori del diritto, costituendo semplicemente una spiegazione del modo attraverso cui la norma viene posta ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Sulla fondamentale importanza del pensiero di HOBBS in questa materia vedi STRAUSS, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ Vedi, per quel che riguarda la Francia, MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, *Etudes Ripert*, t. I, 1950, pp. 28-50.

⁽¹¹⁾ Vedi ad esempio ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, *passim*.

⁽¹²⁾ Questo punto di vista è stato sostenuto in Francia con particolare vigore dal compianto GEORGES RIPERT, di cui vedi l'articolo *Droit naturel et positivisme juridique*, « *Annales de la Faculté de droit d'Aix-Marseille* », 1918. Vedi poi la risposta di GENY in *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, 1924, p. 254 s. Cf. inoltre RIPERT in *Encyclopédie Dalloz - Droit civil*, voce *Droit*, n. 10 s.

Il compito che ci si propone con questo studio presuppone che tale obiezione sia stata superata: e per dimostrare ciò non è necessario impegnarsi compiutamente nella disputa circa il positivismo. È sufficiente puntualizzare che le critiche contro i tentativi di estendere il campo di osservazione del giurista fino ai fattori che determinano la norma, si presentano sia come una esigenza scientifica, epistemologica, di delimitazione precisa dell'ambito dell'indagine giuridica, sia come una reazione contro l'inefficacia pratica della ricerca extrapositiva. Ora quanto alla prima di queste obiezioni è sufficiente precisare che il problema dei limiti dell'indagine giuridica, come della maggior parte delle scienze, e soprattutto di molte scienze che assumono quale oggetto lo studio di un comportamento umano, è in gran parte un problema convenzionale: la scienza del diritto può, anche se non deve, intendersi comprendendo in essa i rapporti causali. In secondo luogo, e relativamente all'aspetto pratico dell'obiezione, è sul suo stesso terreno che si deve combatterla accusando a sua volta di insufficienza pratica ogni concezione del diritto che per volere studiare soltanto la norma positiva neghi la possibilità di esaminare il modo in cui la norma viene posta. Questo esame discende infatti proprio da una esigenza della pratica, soprattutto nella società contemporanea in continua evoluzione. L'esigenza è tale che, come è noto, una corrente di pensiero americana è giunta a non vedere nel diritto se non la previsione di ciò che i giudici saranno portati a giudicare. Non si arriva qui fino a tanto e ci si attiene alle concezioni europee che sottolineano, nella attuazione del diritto, il ragionamento deduttivo, il quale assume quale base taluni presupposti generali, solitamente di diritto scritto. Ma si può invero mettere in rilievo che se la missione del giurista non si esaurisce tutta nella previsione, essa comprende tuttavia quest'ultima nella misura in cui gli organi di attuazione del diritto esplicano una missione creativa. Per di più, e in ciò che concerne più specificamente il diritto naturale, quando esso, come

si dimostrerà, viene richiamato, e talora espressamente, dalla pratica, non è corretto attribuire puramente e semplicemente le soluzioni che essa ne deduce ad una libera determinazione. Può inoltre sembrare in ogni caso utile il raggruppare queste varie soluzioni nella classificazione che esse utilizzano: ed a questa idea si è ispirato all'inizio il presente lavoro. Tenuto conto delle precisazioni della scuola positivista, lo scopo dell'indagine potrebbe senza paradosso individuarsi nello sforzo di determinare le *utilizzazioni positive del diritto naturale* nell'ambito del diritto internazionale privato.

I. *La dogmatica tradizionale del diritto internazionale privato e l'esigenza di un apprezzamento concreto dei rapporti internazionali.*

7. Una volta definiti i limiti della nostra indagine, ritorniamo sul concetto di un diritto naturale che chiameremo, come il Villey, solamente « strumentale » perchè viene analizzato in relazione alla sua funzione, prescindendo dal suo contenuto.

Si osservi subito come i compiti che abbiamo detto essergli propri: e cioè il riesame della prescrizione « positiva », l'eventuale rifiuto di questa e la sua sostituzione con una norma apparentemente « non positiva », si estrinsechino nel diritto interenazionale privato odierno in procedimenti abituali, anzi ritenuti normalmente necessari.

Per dimostrare questa affermazione tracciamo a grandi tratti i fondamenti dogmatici del diritto internazionale privato contemporaneo ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ È nota l'importanza dei lavori del prof. MAURY relativamente alla teoria del diritto internazionale privato. Essi hanno reso alla dottrina francese contemporanea l'inapprezzabile servizio di rimetterla a contatto con le teorie straniere, restituendo così alle analisi dei vari problemi il carattere internazionale che l'aveva sempre caratterizzata, mentre la tendenza positivistico-nazionalista, rappresentata dal BARTIN, se ne era deliberatamente staccata. Del MAURY vedi *Règles*

8. Questo ramo del diritto ha un carattere tradizionalista⁽¹⁴⁾. Con ciò si vuol dire che esso rappresenti la continuazione di una vecchia dottrina — generalmente si è tutti d'accordo nel farlo risalire alla scuola romanista dei post-glossatori, ma si tratta di un'affermazione da riesaminare — e che non sia ancora giunto a liberarsi completamente dalle oscurità e dalle incoerenze che si notavano negli atteggiamenti iniziali, non essendo ancora riuscito a sostituirvi una costruzione razionale, che soddisfi le esigenze attuali. È noto a tutti che questa via fu scelta in Francia dagli autori del Codice civile; essi hanno voluto perpetuare il sistema del vecchio diritto, rinunciando, anche per la difficoltà del compito, a formularlo compiutamente in norme scritte⁽¹⁵⁾. È inoltre noto come l'opera scientifica dell'americano Story (1834) e quella del Foelix, suo seguace in Francia (1843), che sono all'origine diretta della dottrina contemporanea, non abbiano inteso fare altro che riprendere e far rivivere la tradizione. L'osservazione vale infine anche per il Savigny⁽¹⁶⁾, malgrado le apparenze innovatrici della sua o-

générales des conflits des lois, Rec. des cours de l'Acad. de La Haye, 1936, III, t. 57, pp. 325-576; *De quelques grands problèmes du droit international privé*, « Nouv. rev. de dr. int. privé », 1943, pp. 35-59; *Sur quelques questions de droit international privé* (conferenza tenuta all'Università d'Istanbul), 1948, p. 72; *L'éviction de la loi normalement compétente; l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 174.

(14) L'importanza di questo dato è stata eloquentemente sostenuta da H. LEVY-ULLMANN, *Les fondements de la doctrine universaliste en matière de conflits de lois*, Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris, Paris, 1934-35, p. 259. Ricordiamo che gli argomenti storici hanno una notevole funzione nell'opera di NIBOYET: v. le nostre osservazioni « Rev. hell. de droit intern. », 1952, pp. 228-227. Cf. l'affermazione recente di M. NIEDERER: « Abgesehen vom Völkerrecht wirkt auf keinem Gebiete des geltenden Rechts die überlieferte Dogmatik so stark noch wie im internationalen Privatrecht » (*Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1954, p. 17).

(15) LAINÉ, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*, « Rev. de dr. intern. privé », 1905, pp. 21-60, 443-479. Cf. NIBOYET, *Traité de droit intern. privé français*, t. III, 1944, n. 889 s.; BATIFFOL, *Traité élém. de droit intern. privé*, 3^a éd., 1959, n. 273 s.

(16) Questo autore utilizza d'altronde espressamente la tradizione: vedere *System*, t. III, 1849, p. 3.

pera (1849), tranne questa diversità; che l'esperienza storica del diritto internazionale privato propriamente detto si chiude con lui nel contesto, ritenuto più ampio, della tradizione romanistica del diritto civile.

9. Insistere sul fatto che il diritto internazionale privato è una disciplina essenzialmente storica, non significa però sostenere che anche i singoli problemi affrontati dalla dottrina tradizionale presentino una continuità nel tempo. Al contrario, la storia dimostra che la prassi è stata nella nostra materia eccezionale ed episodica.

Il diritto internazionale privato, in quanto diritto delle relazioni private internazionali, presuppone infatti che tali relazioni esistano in realtà e siano giuridicamente regolate. Ora occorre appena ricordare che ciò è raramente accaduto nel corso dei secoli. I rapporti con lo straniero — trascurando le difficoltà che solleva il termine stesso di straniero — hanno subito infatti, dopo i periodi di intensa attività internazionale propri della civiltà ellenistica e di Roma nell'età classica, lunghe eclissi, ed hanno incontrato ostacoli di ogni sorta, politici, religiosi e razziali ⁽¹⁷⁾.

L'osservazione riveste importanza per dare un'idea dell'unità della stessa tradizione teorica. La nostra cultura giuridica risale senza dubbio all'epoca romano-ellenistica, e non è possibile quindi respingere le fonti di questa epoca sostenendo che esse non sono state utilizzate per lunghi secoli. Queste fonti saranno esaminate in seguito più particolarmente.

10. La prima ipotesi che si deduce dall'esperienza storica è che le relazioni private internazionali sono rette da un

⁽¹⁷⁾ Una descrizione analitica, preziosa malgrado qualche lacuna o insufficienza delle nostre conoscenze in materia di storia comparata, sulla condizione degli stranieri si ha l'opera collettiva di prossima pubblicazione a cura della Società Jean Bodin dal titolo *L'étranger. Recueils de la Société Jean Bodin*, voll. IX et X, 1958.

diritto loro proprio, il quale non si confonde con il diritto interno, la *lex-fori*.

Posto così il problema, quale è il contenuto del diritto proprio delle relazioni internazionali? Si può pensare ad un diritto speciale «materiale» che disciplini direttamente il rapporto: ad esempio un diritto che determina quando si acquisti la maggiore età relativamente ai contratti internazionali. La scuola dei post-glossatori non esclude questa soluzione. Ma quando manchi un tale «diritto materiale» essa configura — ed è questo, si ritiene, il suo contributo fondamentale — un altro procedimento per attuare la disciplina del rapporto. Questo procedimento consiste nello scegliere una fra le leggi interne dei paesi con cui ha attinenza il rapporto in causa: così se si tratta della maggiore età in materia civile di un cittadino francese che ha stipulato un contratto in Italia, si deve scegliere fra le leggi interne francese e italiana. Il procedimento implica normalmente la «dissezione», lo «smembramento» del rapporto giuridico in causa: si distinguerà nei fatti e negli atti giuridici la sostanza, la forma, la capacità, la procedura, ecc., per sottomettere eventualmente ciascuno di questi elementi ad una legge differente.

Ora tutti sanno che è proprio questo sistema, che fu in seguito denominato «sistema del conflitto di leggi» che causa alla dottrina contemporanea i più grandi ostacoli. Ci si domanda infatti se esso abbia per oggetto la disciplina normale delle relazioni internazionali, oppure se esso consista nella delimitazione del campo dell'applicazione delle leggi interne degli Stati implicati nel «conflitto».

Osserviamo, dopo molti altri, che tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'attuazione del procedimento implica un accordo preliminare sulla configurazione giuridica del rapporto sociale in questione. Ove ad esempio si discuta, a proposito di un matrimonio o di un atto illecito, se occorra determinare rispetto ad esso quale sia l'ambito d'efficacia delle leggi interne degli Stati interessati, oppure si debba scegliere fra le leggi quelle

che meglio convengono alla disciplina del rapporto, è necessario chiarire preliminarmente che ci si trova in presenza degli elementi costitutivi del rapporto giuridico « matrimonio » o « delitto ». È questa una delle direzioni nelle quali si impegna la discussione sul problema tanto dibattuto delle qualificazioni.

Quest'ultima difficoltà viene generalmente analizzata sotto il suo aspetto puramente logico. Si afferma che i concetti utilizzati dalla norma di conflitto per designare le relazioni giuridiche che costituiscono l'oggetto della disciplina internazionale (il concetto di matrimonio, di delitto, ecc.) devono necessariamente avere un ambito sufficiente per potere comprendere norme e istituti stranieri che differiscono da quelli propri del diritto interno; ciò che costituisce d'altronde l'ipotesi tipica del conflitto di leggi. La discussione verte quindi sulla possibilità di un tale inserimento.

11. Anche qui, come sempre nella indagine giuridica, le insufficienze concettuali non si chiariscono se non in rapporto alla realtà che i concetti esprimono. Infatti il problema della estensione della previsione della norma di conflitto ha rilievo rispetto all'accoglimento in un sistema giuridico determinato di norme e di istituti stranieri. L'accertare se le norme francesi di conflitto prevedano il matrimonio poligamico, il divorzio per ripudio unilaterale, il pegno senza spossessamento, l'organizzazione della proprietà o della rappresentanza sul modello del *trust* anglo-americano, equivale a porsi il problema dell'accoglimento, nel sistema francese di diritto internazionale privato, degli istituti e delle norme straniere corrispondenti. Sotto questo aspetto la qualificazione appare, come abbiamo sostenuto altrove ⁽¹⁸⁾, un'operazione di « internazionalizzazione ».

La dottrina dominante preferisce in verità risolvere il problema utilizzando la nozione d'ordine pubblico. Ad esso si

⁽¹⁸⁾ *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1959, *passim*.

attribuisce, ove occorra, il compito di escludere determinati istituti o norme straniere, presupponendo che la norma di conflitto abbia, bene o male, «funzionato» e che l'applicazione della legge straniera, in linea di principio competente, sia stata esclusa dall'azione del limite dell'ordine pubblico. Anche su questo punto la preoccupazione del contatto con la realtà ci esime dal richiamare le discussioni sollevate dal concetto di ordine pubblico. Basti ricordare — il che nessuno contesta — che l'ordine pubblico non potrà logicamente coincidere in tutti i punti con il sistema del diritto interno, perchè ciò equivarrebbe ad escludere di nuovo, e contrariamente all'ipotesi stessa del conflitto di leggi, l'applicazione del diritto straniero preso nel suo complesso. Per questo motivo la nozione di ordine pubblico esplica, ed in modo più immediato, la funzione che abbiamo attribuito al meccanismo della qualificazione, e cioè quella di accogliere istituti stranieri nell'ambito giuridico delle relazioni internazionali, di effettuare la loro «internazionalizzazione».

12. Mediante il procedimento di qualificazione e ancor più mediante la riserva d'ordine pubblico, si attua quel controllo e quell'esclusione che, come abbiamo chiarito, caratterizzano l'azione del diritto naturale. La soluzione apparentemente in vigore (e cioè quella che si ottiene con il procedimento caratteristico del conflitto di leggi, inteso, secondo le sue possibilità logiche, anche se in maniera contraria alla realtà empirica, fino a prevedere astrattamente l'accoglimento di ogni disciplina giuridica straniera, qualunque essa sia) forma l'oggetto di un confronto con qualcosa che non è un diritto «positivo». Non entra infatti in gioco la *lex fori*, colle sue norme materiali, o un qualsiasi diritto materiale straniero, ma bensì la concezione propria del sistema dell'interprete circa il modo d'essere dei rapporti internazionali, il concetto che in esso si ha della società internazionale.

Con questa ultima nozione si giunge al nocciolo della sistematica del diritto internazionale privato, e più precisamente alla giustificazione del procedimento del conflitto di leggi. A chiarire cosa sia questa società internazionale tende l'acuto riesame del diritto internazionale privato che il Batiffol ha fatto oggetto di un recente studio: esiste, egli ritiene, « in questo ramo del diritto l'espressione giuridica di una società, quanto meno alla ricerca di se stessa, in mancanza di una società costituita »⁽¹⁹⁾. Tale è ineffetti il substrato sociale ipotetico del non meno ipotetico diritto « strumentale » rispetto a cui si possono misurare i risultati della tecnica propria del conflitto di leggi.

È ora possibile precisare meglio la fisionomia di questa « società » e del suo diritto? Ed è ciò possibile tenendo conto della diversa teoria, propria della scienza attuale del diritto internazionale privato, secondo cui, nonostante l'apparente antinomia, la nostra disciplina sarebbe internazionale per il suo oggetto e nazionale per le sue origini? La domanda ci condurrà a un contatto più immediato con le tesi giusnaturalistiche.

13. Dobbiamo ora richiamare quanto si è cercato di chiarire circa il carattere tradizionalista del diritto internazionale privato; e domandarci come la tradizione abbia risolto il nostro problema.

A questo problema la storia del diritto internazionale privato, per quanto imperfetta essa sia⁽²⁰⁾, riteniamo fornisca una risposta univoca. Il diritto « strumentale » dell'ipotetica « so-

(19) *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, p. 153. Cf. le nostre osservazioni in « *Archives de philosophie du droit* », 1958, p. 205 ss., specialmente p. 218.

(20) LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1888 et 1892; GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, 1929, IV, vol. 29; MEIJERS, *L'Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, 1934, III, vol. 49; nonché la bibliografia ivi menzionata (p. 122, nota 18, pp. 275-281).

cietà internazionale» si è identificato all'inizio della dottrina dei post-glossatori con il diritto civile romano *considerato come diritto privato comune in vigore*. È questo diritto che fornisce normalmente i concetti estranei al diritto interno che vengono presupposti dal conflitto di leggi; ed è questo stesso diritto che dà la misura precisa delle esigenze dell'ordine pubblico.

Quest'affermazione è indiscussa per quanto riguarda i post-glossatori ⁽²¹⁾. Ma essa sembra valida, almeno come rilievo di una tendenza, anche per l'epoca ulteriore, e ciò fino a comprendere il Savigny.

Lo studio del conflitto di leggi è senza dubbio alcuno una disciplina romanistica. Esso è andato al di là della rinascita degli studi del diritto romano che si ebbe in occidente richiamandosi alla finzione della sopravvivenza dell'autorità del diritto romano ⁽²²⁾, malgrado le vicissitudini che quest'ultimo ha subito in Francia. Basti ricordare a tale proposito il richiamo che al diritto romano effettua proprio un autore così poco incline alla tendenza romanistica come l'Argentré, e basti inoltre rilevare come un autore del tutto lontano dalle fonti romane come l'Huber cerchi, in epoca tarda, nel XVII secolo, di fondare tutto il diritto internazionale privato sopra il diritto romano ⁽²³⁾, e come pure nel XVII secolo il presidente Bouhier si sia dichiarato fervente partigiano della « positività » del diritto romano in Francia.

⁽²¹⁾ Circa questa funzione vedi LAINÉ, *op. cit.*, vol. I, p. 98; sulla massima *ubi cessat statutum, habet locum jus civile* vedi KOSCHAKER, *op. cit.* nella nota seguente.

⁽²²⁾ La rinascita in Germania dopo la guerra dell'interesse per la comune tradizione giuridica europea è alla base delle opere, magistrali su questo punto, del KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München u. Berlin, 1953 (vedere la recente recensioni di HOLLEAUX, « Rev. intern. de dir. comparé », 1955, p. 248) e del WIEACKER, *Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952.

⁽²³⁾ *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (in *Praelectiones juris civilis*, 1689) nr. 1; vedi su questo punto le critiche del FOELIX, *Traité*, 1843, nr. 4, e del LAINÉ, *Introduction*, vol. II, 1892, p. 107.

14. Si ricordi inoltre come il problema della disparità degli istituti e delle norme straniere da quelle del sistema del foro non si ponesse in quell'epoca con la medesima acutezza di oggi. Nelle città italiane il conflitto di leggi non interveniva se non per accordare fra di loro norme le quali eccezionalmente contenevano disposizioni che si distaccavano da un diritto comune a queste città. Settori interi del diritto d'altra parte venivano esclusi dall'applicazione di tale procedimento: il diritto commerciale per il quale si affermava una consuetudine internazionale di diritto materiale e il diritto della famiglia, almeno per quanto ineriva alla parte retta dall'ordinamento della Chiesa. Analogamente in Francia, più tardi, il conflitto di leggi operò normalmente su consuetudini che non presentavano differenze concettuali profonde e che erano d'altra parte nel loro insieme sottomesse ad una azione di unificazione legislativa o dottrinale ⁽²⁴⁾. Il terreno scelto dal conflitto di leggi è, come per spicciamente osserva lo Yntema, caratterizzato, in certo qual modo, da un aspetto federalistico ⁽²⁵⁾.

15. Cosa succedeva quando in un caso mancava la consapevolezza della validità del diritto romano, sia perchè ci si opponeva per principio ad esso, sia perchè ci si trovava di fronte a norme straniere irriducibili alla sistematica romana? Vorremmo qui avanzare una ipotesi, sperando però che gli storici si adoperino per controllarla. È quella del ricorso ai concetti, romani anch'essi, di « diritto naturale » e di « diritto delle genti » e più precisamente a ciò che noi proporremo fin d'ora di chiamare la *linea direttiva* romana diritto naturale - diritto delle genti.

⁽²⁴⁾ Sulla eccezionalità dell'applicazione dei principi del conflitto di leggi nei rapporti con gli stranieri, vedi LAINÉ, *Introduction*, vol. I, 1888, p. 74, ss.; DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, thèse, Paris, 1947, p. 9.

⁽²⁵⁾ Vedi *The Historic Bases of Private International Law*, « American Journal of International Law », 1953, vol. 2, p. 299 e la versione tedesca in *Festschrift Rabel*, vol. I, 1954, p. 515.

Un'ampia parentesi si rende necessaria per tentare di chiarire il contenuto di questi concetti e di giustificare il loro collegamento in una medesima direttiva. Ci si deve inoltre porre il problema, di cui si è fatto innanzi cenno ⁽²⁶⁾, di vedere se non convenga prescindere dalle origini dogmatiche della tradizione del diritto internazionale privato, e ciò sin dalle origini della tradizione romanistica del diritto civile in cui si dovrebbe trovare, almeno abbozzato, l'archetipo della costruzione attuale della nostra disciplina.

II. *Possibilità di risalire fino alle origini romane. La direttiva « diritto naturale - jus gentium ».*

16. Non v'è dubbio che l'epoca romana testimoni un periodo di rinascita del diritto internazionale privato *lato sensu*. Le condizioni nelle quali esso ha operato sono ben note: il loro insieme costituisce qualcosa di unitario, che però i romanisti sembrano talvolta cogliere con difficoltà. Essi, sia detto per inciso, avrebbero forse interesse, per risolvere il problema, a porsi dal punto di vista del diritto internazionale privato odierno, in quanto taluni dati di fatto romani sono confrontabili a quelli moderni ed anche attuali, perchè si richiamano ad un substrato politico e sociale, *mutatis mutandis*, affine. Ad ogni modo si propone qui uno schema:

1) si ha dapprima la creazione progressiva di un sistema giuridico nel quale i rapporti con lo straniero vengono ammessi. Nella sua più grande estensione questo ordinamento comprende tutti i peregrini, cioè coloro che non fanno parte di una comunità che sia politicamente sottomessa a Roma;

2) una volta risolto il problema della condizione degli stranieri si afferma il principio che le città ed i popoli pere-

⁽²⁶⁾ *Supra*, p. 11.

13. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

grini conservino il loro ordinamento giuridico: *suis legibus utuntur*;

3) il diritto romano si apre progressivamente alla ricezione del diritto straniero;

4) e, in senso inverso, sotto l'azione politica e culturale di Roma, anzi, sotto l'azione diretta del legislatore romano, il diritto dei peregrini si romanizza;

5) l'evoluzione si considera conclusa nel 212 d. C. con il celebre editto di Caracalla, che accorda la cittadinanza romana alla quasi totalità degli abitanti dell'impero.

Il valore di questo testo viene variamente inteso. Secondo la recente ed autorevole opinione di Fernand de Visscher la sua efficacia dovrebbe avere soprattutto carattere « confermativo »⁽²⁷⁾. Esso non rappresenterebbe una soluzione di continuità con il passato, ma costituirebbe « piuttosto il risultato naturale di una evoluzione secolare »⁽²⁸⁾. In tutti i casi esso ha realizzato l'idea di una unificazione del diritto nell'interno dell'Impero. Il carattere assoluto del potere e l'universalismo cristiano hanno favorito la instaurazione della coscienza dell'unità del diritto, che però venne ancora per lungo tempo ed in larga misura contraddetta dalla persistenza di legislazioni locali⁽²⁹⁾.

17. Tale essendo lo stato di cose, e tali le tendenze, con quali mezzi il diritto romano risolveva il problema del diritto applicabile ai rapporti internazionali?

Allo stato attuale delle nostre conoscenze, l'opinione generalmente ammessa secondo la quale il diritto romano non avrebbe conosciuto il procedimento tecnico del conflitto di leggi, caratteristico del diritto internazionale privato moderno, si deve

⁽²⁷⁾ FERNAND DE VISSCHER, *La condition des pèrègrins à Rome jusqu'à la Constitution antonine de l'an 212*, Rec. de la Soc. Jean Bodin, vol. IX, *L'étranger*, p. 204.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 208.

⁽²⁹⁾ V. GAUDEMET, *L'étranger au Bas-Empire*, Rec. de la Soc. Jean Bodin, vol. IX, *L'étranger*, p. 209 ss.

ritenere ancora fondata⁽³⁰⁾. E ciò, se non altro, in quanto, come ha osservato recentemente Werner Niederer⁽³¹⁾, il diritto romano non sembra avere formulato norme obbiettive « bilaterali » tali da permettere di scegliere, per la disciplina di un rapporto internazionale, tra le norme materiali in questione. Tuttavia, ed in base ad una delimitazione su base personale del diritto interno, il diritto romano sembra ammettesse nei casi concreti che una legge interna potesse formare l'oggetto di una scelta per disciplinare una situazione internazionale. Ma il criterio di questa scelta è tuttora incerto non essendo mai stato chiaramente formulato⁽³²⁾.

(30) Vedi per un'esposizione dello stato della conoscenza in questa materia, in base anche all'apporto della papirologia, LEWALD, *Conflicts de lois dans le monde grec et romain*, estratto dall'*Archeion idiotikou dikaiou*, vol. XIII, 1946, p. 30 ss.; l'articolo di NIEDERER, *Ceterum quaero de legum Imperii Romani conflictu*, in *Fragen des Verfahrens-und Kollisionsrechtes*, *Festschrift Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 115-132, che conclude con un appello ai romanisti per comprendere gli aspetti del problema.

(31) *Loc. cit.*, p. 128.

(32) Il NIEDERER ritiene che l'applicazione agli stranieri di un istituto del diritto interno, dipendesse non da una « norma di conflitto bilaterale » ma dalla « struttura formale e materiale del diritto civile personale applicabile » (*loc. cit.*, p. 129). Egli richiama (*ibid.*, testo e nota 24) l'esempio dell'adozione: non sarebbe esistita a Roma una regola del tipo « l'adozione viene retta dalla legge personale dell'adottante » ma un principio « evidente » imponeva che l'adottante non potesse agire che secondo la propria legge personale; la soluzione del problema di sapere se uno straniero potesse venire adottato secondo questa legge dipendeva dalla sussistenza dei requisiti di forma e di sostanza previsti da tale legge; così un istituto quale l'*adrogatio* romana avrebbe escluso questa possibilità per il suo fondamento politico, mentre un istituto quale l'*adoptio* sarebbe stata applicabile ad uno straniero. Si deve a questo punto osservare che anche un tale ragionamento postula un principio di scelta che attribuisce una preponderanza, più o meno « evidente », alla legge dell'adottante. Il problema dell'attitudine di questa legge ad essere applicata ai rapporti internazionali in ragione del suo contenuto è differente e successivo: esso riconduce alla nozione dello *jus gentium* di cui si parlerà successivamente. E la stessa osservazione sembra si debba riferire all'esempio proposto dal NIEDERER (p. 130, nota 25) circa la *testamentifactio* passiva dei romani nei paesi ellenistici. Il problema perde poi di interesse con l'attenuazione della distinzione fra lo *jus civile* e lo *jus gentium*. FERNAND DE VISSCHER (*loc. cit.*, p. 199) ritiene che già nel II secolo a.C., mentre istituti ed atti, quali la *patria potestas*, la *mancipatio* e il testamento restavano riservati ai cittadini romani, « ... non si è potuto impedire alle giurisdizioni locali di considerare validi questi atti nei casi in cui il soggetto inte-

In cambio — e i testi di diritto internazionale privato insistono su questo punto — al posto dell'inesistente o insufficiente procedimento del conflitto di leggi il diritto romano avrebbe ampiamente utilizzato il procedimento di regolamentazione diretta, materiale, dei rapporti internazionali. È questo procedimento che designerebbe e spiegherebbe l'espressione *jus gentium*. I romanisti ritengono invece che questa opinione sia troppo semplicistica, e ritengono anche che il concetto di *jus gentium* sia uno dei più oscuri e controversi che il diritto romano ci ha trasmesso⁽³³⁾. Lo *jus gentium* interessa pertanto direttamente la nostra indagine, e se non è possibile dire a tale riguardo alcunchè di definitivo, cercheremo però di approfondire il problema che esso pone dal punto di vista, senza dubbio proficuo, del diritto internazionale privato.

18. Il concetto di *jus gentium* è dato da una confluenza di significati, che cerchiamo di individuare partendo dall'idea che essi in via di fatto gli siano stati tutti proprî.

1) Lo *jus gentium* è stato all'inizio, dal punto di vista dell'ordinamento romano e nella misura, ancora mal precisata, in cui esso venne applicato nei rapporti fra i Romani e gli altri popoli, un diritto nazionale per la sua origine, ed internazionale per il suo oggetto. È, come si è visto, un aspetto identico a quello con cui oggi si considera il diritto internazionale privato. La dottrina però si è indotta solo di recente ad accogliere questa affermazione che ancora cinquant'anni fa sembrava

ressato *ritenesse di ricorrervi* ». Il problema sembra dunque porsi rispetto alla funzione attribuita alla volontà degli interessati nella scelta della legge applicabile. Vedi in questo senso l'articolo del LEWALD sopra citato.

⁽³³⁾ Vedi i dati della discussione secondo il WEISS, in *Pauly-Wissowa, Realencyclopädie*, voce *Jus gentium*. La discussione fu ripresa in Italia da LOMBARDI, *Sul concetto di « jus gentium »*, Roma, 1947, p. 403 (in cui vedi una larga bibliografia, p. 3, nota 2); FREZZA, « *Jus gentium* », « *Rev. Int. des droits de l'antiquité* », *Mélanges Fernand de Visscher*, vol. I, pp. 259-308; GROSSO, *Gai III*, 133: *Riflessioni sul concetto dello jus gentium*, *ibid.*, pp. 395-400. Vedi poi le brevi indicazioni di ELLUD, *Histoire des institutions (« Themis »)*, 1955, *passim*.

eterodossa, il che spiega come taluni autori persistano a rifiutare allo *jus gentium* un carattere internazionale ⁽³⁴⁾.

2) L'espressione *jus gentium* designò all'origine norme ed istituti recepiti da popoli stranieri, soprattutto dai Greci, in virtù delle relazioni commerciali internazionali.

Non si sa esattamente se tale recezione sia avvenuta rispetto alle norme o agli istituti del diritto straniero interno richiamato, e cioè del diritto previsto per la vita sociale dei popoli stranieri, o se fosse diretta a norme od istituti stranieri propri del diritto internazionale, e cioè a norme poste da questi popoli soprattutto per disciplinare le loro relazioni internazionali. La seconda risposta sembra più plausibile ove si pensi a principî come la *fides* o a istituti come la vendita consensuale, la cui azione tendeva a rendere efficaci le transazioni internazionali. Lo *jus gentium* avrebbe in tal modo agito nel settore del diritto che il Roubier, riferendosi alle condizioni del mondo contemporaneo, definisce il settore realistico ⁽³⁵⁾. La pratica precede qui il pensiero giuridico, il quale è dominato dall'idea di favorire la validità dei risultati della condotta umana. In questo settore, che è soprattutto quello delle relazioni commerciali *stricto sensu*, l'elaborazione dello *jus gentium* avrebbe coinciso — dopo un'epoca che in via teorica si suppone di promiscuità internazionale e non dominata dal diritto ⁽³⁶⁾ — colla recezione da parte di Roma, di un sistema consuetudinario internazionale di diritto commerciale.

La costruzione dello *jus gentium* ha poi beneficiato dell'apporto di norme poste in trattati conclusi da Roma ⁽³⁷⁾ e tra-

⁽³⁴⁾ Cf. FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechts*, vol. I, 1954, p. 268 ss.

⁽³⁵⁾ V. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 328 e *Rapport à la Semaine internationale de droit* (1950) riassunto in « Rev. inter. de dr. comparé », 1950, p. 742.

⁽³⁶⁾ Il FREZZA, ritiene che il riconoscimento a tutti gli stranieri di *status libero* del *commercium juris gentium* deve essere stato preceduto dal riconoscimento, in via di fatto, di comportamenti umani ignorati dall'ordinamento giuridico (*op. cit.*, p. 269).

⁽³⁷⁾ ELLUL, *op. cit.*, p. 234.

sformatisi in diritto internazionale, applicabile anche in mancanza di trattati. Il fenomeno non è sconosciuto nel mondo contemporaneo, ove lo si riscontra particolarmente ed in modo caratteristico nel diritto della proprietà industriale⁽³⁸⁾.

3) In una fase successiva, lo *jus gentium* divenne in parte diritto romano interno⁽³⁹⁾. Un medesimo processo si è svolto nei tempi moderni. Tutta la storia del diritto commerciale è dominata, come è noto, dalla nazionalizzazione di pratiche giuridiche originariamente internazionali: per ciò che riguarda gli istituti particolari, basti qui richiamare l'esempio della cambiale.

4) Da ultimo, in una fase finale rappresentata dalla codificazione di Giustiniano, la figura avrebbe avuto anche, ed anzi, avrebbe avuto esclusivamente⁽⁴⁰⁾, il compito di indicare gli elementi comuni del diritto dei diversi popoli. Ora, e la cosa ha molto colpito i romanisti, la ricerca di una comunità di diritto sorta sotto l'egida di questo concetto, si applicava sia alle norme o istituti internazionali propriamente detti, sia alle norme o istituti di diritto interno. È certo che non v'è stato in questo fenomeno un orientamento dogmatico nuovo. Ma quale è il suo significato? Per quanto riguarda la considerazione della pratica propriamente internazionale dei popoli stranieri, sia che si trattasse di diritto pubblico⁽⁴¹⁾ o di diritto privato⁽⁴²⁾, il

(38) V. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, p. 225 ss. (pagine già inserite nel *Clunet*, 1951, pp. 676 ss., 1040 ss.). Secondo il ΝΙΒΟΥΕΤ, *Traité de droit international privé français*, vol. III, 1944, p. 934 ss., si ha qui la prova della « grande legge sperimentale » circa il « massimo di differenza fra i trattati e il diritto interno ».

(39) ELLUL, *ibid.*

(40) Tale tesi viene vigorosamente sostenuta dal LOMBARDI, *op. cit.*

(41) È questo il caso dell'immunità degli ambasciatori. Sul punto vedi LOMBARDI, *op. cit.*

(42) LOUIS GERNET, *Sur les actions commerciales en droit athénien*, « *Revue des études grecques*, 1938, p. 1 ss., riprodotto in *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 1955, p. 173 ss., conclude per l'esistenza in materia commerciale ad Atene di una « specie di *jus gentium* » vicino ad una « specie di *jus civile* », p. 200.

problema non pone difficoltà: in termini moderni si parlerebbe della rilevazione di una consuetudine internazionale, di una recezione di essa nel diritto romano. Ma non si può dire lo stesso per l'indagine circa l'esistenza di una norma o di un istituto nel diritto interno dei diversi popoli, quando la norma o l'istituto non operano se non nella vita interna di questi popoli.

Questo però, è opportuno chiarirlo subito, non vale ove si attribuisca alla medesima circostanza un valore internazionale, utilizzando la constatazione quantitativa per dedurne, in linea qualitativa, la costruzione di una norma o di un istituto internazionale.

A questo punto si può comprendere l'importanza del concetto di *jus gentium* per delineare la nozione di « società internazionale », e il rapporto tra questo concetto e la dottrina giusnaturalistica. Infatti, è bene ripeterlo, non è in questo caso necessario richiamare le controversie che si ebbero in quell'epoca circa il contenuto ideologico del diritto naturale per affermare che la presenza di elementi costanti nella legislazione di tutti i popoli — malgrado la constatazione, fatta molto presto dal pensiero greco, della disparità essenziale dei sistemi giuridici — ha potuto sembrare, nel senso più ampio e comprensivo, come evidente. Al limite del ragionamento che tale orientamento implica, una norma giuridica o un istituto sono naturali perchè comuni a tutti popoli, ed inversamente essi sono comuni a tutti i popoli in quanto naturali. Si ha così una specie di presunzione di « naturalità » per gli istituti riconosciuti come appartenenti allo *jus gentium*. Che si trattasse di una presunzione, un esempio almeno l'attesta, d'altronde estremamente caratteristico: quello della schiavitù. L'istituto appartiene, ove si proceda ad una dimostrazione quantitativa, al diritto delle genti; esso però non appartiene, in senso qualitativo, al diritto naturale.

19. Si chiarisce in tal modo il significato che assumeva per i giuristi romani la valutazione da parte del diritto internazio-

nale di taluni istituti di diritto interno. Ciò che importa in questa indagine non è la sola constatazione del fenomeno, ma bensì anche l'affermazione del carattere naturale di questi istituti.

Si rimediti questo punto — ed il nostro ragionamento sfida una volta di più l'inevitabile rimprovero di anacronismo — in base a quello che sembra l'attuale contesto razionale della materia. Dire che un istituto interno è atto a disciplinare i rapporti internazionali perchè esso viene accolto nel diritto interno di tutti i popoli o solamente della maggior parte o di un gran numero di essi, è in contrasto col principio che i rapporti internazionali possono richiedere una disciplina che differisce dal diritto interno di tutti i popoli. Affermare invece questa attitudine, per il carattere « naturale » dell'oggetto, e dopo aver controllato questo carattere, significa affermare che i rapporti internazionali devono anch'essi riflettere questa naturalità. Appare quindi finalmente la fisionomia — o il miraggio — della società internazionale, per costruire la quale possediamo una sicura direttiva: il diritto di questa società deve comprendere gli elementi del diritto interno che hanno superato il duplice vaglio dato dai concetti di diritto naturale e di diritto comune.

20. Che i giuristi romani si siano fatti o meno un'idea del fenomeno vicina a questo schema, pensiamo rivesta scarsa importanza per la storia successiva. La direttiva « diritto naturale - diritto delle genti » è in ogni caso, nella compilazione di Giustiniano, una virtualità dogmatica. La affermazione si basa:

1) Sui richiami espressi al diritto naturale. Non vi è alcun bisogno di insistere sul loro valore. La filosofia greca, da cui deriva il termine, ne conosce, secondo il Villey, almeno due significati diversi, il significato aristotelico e il significato storico. Bisogna anche, come fa Jean Gaudemet ⁽⁴³⁾ considerare

(43) Vedi GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*,

l'influenza del cristianesimo, ma soprattutto limitarsi a constatare con lui che gli esempi testuali del termine di *jus naturale* (come di quelli di *jus naturale* e di *jus naturae*) non si possono ridurre a sistema ⁽⁴⁴⁾. Tuttavia queste citazioni realizzano una « apertura » dogmatica del diritto romano verso l'insegnamento giusnaturalistico

2) sulla confusione, abitualmente ammessa, che si riscontra nei testi di Giustiniano, fra i due concetti di *jus naturale* e di *jus gentium*

3) sul rapporto espresso che stabilisce fra questi due concetti una delle definizioni più celebri dello *jus gentium* che ci siano pervenute, quella di Gaio ⁽⁴⁵⁾. Per Gaio, lo *jus gentium* è *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit* ⁽⁴⁶⁾, e nello stesso tempo, il diritto che *apud omnes peraeque custoditur*. Si noti per incidenza la priorità della affermazione circa il carattere naturale dello *jus gentium*.

III. La direttiva « diritto naturale - diritto delle genti » nella dottrina tradizionale del conflitto di leggi.

21. Questa parentesi romanistica si è conclusa con la constatazione dell'importanza del diritto naturale, cui si è giunti

« Arch. d'hist. du droit oriental » e « Rev. int. des droits de l'antiquité », vol. I, 1952, pp. 445-467.

⁽⁴⁴⁾ Per un'elencazione dei significati del termine « diritto naturale » nel pensiero romano in generale, v. ERNEST LÉVY, *Natural Law in Roman Thought*, estratto da *Studia et Documenta Historiae et Juris*, vol. XV, Rome, 1949, che mette in valore la grandissima importanza di Cicerone in questo campo e la duplice influenza, aristotelica e stoica, in lui operante.

⁽⁴⁵⁾ *Inst.* I, 1, con riferimento a D. 1, 1, *de justitia et jure*, 9. Sul testo vedi LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 120 ss., 348.

⁽⁴⁶⁾ L'espressione *naturalis ratio* non indica la ragione umana, come hanno ritenuto i filosofi poco versati nella lingua latina, ma l'ordine (*ratio*) naturale delle cose (BONFANTE, *Histoire du droit romain*, trad. Carrère et Fournier, vol. I, Paris, 1928, pp. 303 e 420).

individuando una direttiva diritto naturale - diritto delle genti nella costruzione di un diritto comune della società internazionale rispetto al quale non si sarebbe potuto affermare il procedimento del conflitto di leggi.

Bisogna ora riprendere il filo storico dell'esposizione per domandarci cosa avvenne della direttiva nella dottrina moderna inaugurata dai post-glossatori.

Il problema non si pone evidentemente per l'ipotesi in cui, come è stato chiarito dianzi, la tradizione moderna ha confuso formalmente il substrato di diritto comune, sul quale opera il procedimento del conflitto di leggi, con il diritto civile romano. Esso non si pone che nella misura, senza dubbio minore, in cui la dottrina tradizionale ha resistito alla finzione della sopravvivenza del diritto romano in quanto diritto privato comune. Si è individuata la direttiva e si è avuto coscienza del suo valore dogmatico? Prima di ricercare una soluzione del problema, osserviamo che esso si è presentato in condizioni assai delicate. Infatti la compilazione di Giustiniano, per quanto accolga soluzioni classificate sotto la rubrica del diritto naturale o del diritto delle genti è, nel senso sopra ricordato, un'opera di « positivizzazione ». La direttiva si trova in essa ormai immobilizzata, « congelata », valida solamente per le soluzioni che se ne deducono nel diritto romano. L'interpretazione scolastica dopo la finzione della « positività » del diritto romano, ha dovuto dunque richiamare non tanto la direttiva quanto le varie soluzioni contenute nei testi romani. Il valore dogmatico di quella non ha potuto venire inteso se non nel XVI secolo con Cujacio, in seguito all'adozione di un metodo storico di indagine nello studio del diritto romano.

Tuttavia una linea intermedia di pensiero, pur non attribuendo alle fonti romane il valore di diritto civile comune, sembra riprendere da esso la direttiva nel suo aspetto statico senza lasciarsi impressione, il che più tardi sembrerà sorprendente, dal valore manifestamente non positivo dei testi romani.

Quanto meno in tal modo si profila il quadro entro cui si possono localizzare i risultati degli *excursus* che abbiamo qui condotto circa l'utilizzazione della linea nell'antico diritto, mentre non abbiamo effettuato una indagine completa, la quale si sarebbe potuta difficilmente inserire in questo saggio e che avrebbe certamente superato i nostri mezzi. Si espongono ora questi risultati, nella speranza che il medesimo argomento venga un giorno affrontato sul piano storico.

22. Il punto di riferimento storico in questa materia è dato, all'evidenza, dal fiorire nel XVII secolo della dottrina giusnaturalistica sotto la denominazione, che tanto richiama la linea che abbiamo posto in rilievo, di « scuola del diritto naturale e delle genti ».

Tuttavia è possibile rilevare in una epoca precedente nella materia dei conflitti di leggi almeno un richiamo al diritto naturale⁽⁴⁷⁾, e ciò nel pensiero di Guy Coquille. Non si tratta in verità di un richiamo nel senso e della portata sopra chiarita. Esso riguarda il principio stesso del conflitto di leggi, l'incapacità, propria per definizione della legge locale, a disciplinare le situazioni internazionali⁽⁴⁸⁾. Guy Coquille, scostandosi dal formalismo dei post-glossatori, fonda questo principio non sul diritto romano, ma sul diritto naturale⁽⁴⁹⁾. Ora, è ben noto

(47) All'infuori della nostra materia, i richiami al diritto naturale negli autori francesi si riscontrano a partire dal XIII secolo (v. CHEVRIER, *Arch. de philos. du droit*, 1952, p. 7, nota 1); lo stesso vale per i richiami al diritto delle genti (WEISS, *Traité de droit international privé*, 2^a ed., 1908, p. 64). Sull'applicazione della direttiva al diritto pubblico a partire dal XII secolo, vedi GUGGENHEIM, *Jus gentium, jus naturae, jus civile et la communauté internationale issue de la « divisio regnorum » intervenue au cours des XII et XIII siècles*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. 7^o pp. 3-31.

(48) *Questions et réponses sur les articles de coutumes*, Paris, 1946, p. 114. Desumiamo la citazione dall'opera di GAMILLSCHEC, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionserchts*, Berlin-Tübingen, 1955, p. 130.

(49) La giustificazione giusnaturalista del procedimento del conflitto di leggi vale senza dubbio in un certo senso — come mette in evidenza il MAURY

che Guy Coquille apparteneva alla schiera degli avversari risoluti della validità immediata del diritto romano in Francia ⁽⁵⁰⁾.

Per ciò che concerne la scuola giusnaturalistica del XVII secolo, bisogna diffidare della similitudine dei termini con quelli usati per analizzare la direttiva in diritto romano. Nel pensiero dei giusnaturalisti del XVII secolo vi è più un diritto della natura (*jus naturae*) che un diritto naturale (*jus naturale*) ⁽⁵¹⁾. Secondo questa scuola l'accento viene posto non sull'aspetto funzionale del diritto naturale, il solo che sia stato considerato all'inizio di questo studio, ma sul suo carattere di fonte autentica del diritto, legata, attraverso all'idea della natura, alla ragione umana e destinata non a correggere, ma a riformare più o meno radicalmente il diritto. Quanto al concetto di *jus gentium*, esso ha la funzione di esprimere non tanto l'esistenza di norme internazionali comuni (le norme positive in questa materia sembrano sospette proprio per la loro diversità) ⁽⁵²⁾, quanto piuttosto l'esistenza stessa, che andava dimostrata, di un diritto internazionale, di un *jus inter gentes*. Il legame tra i due concetti esprime in definitiva il richiamo della costruzione di un diritto internazionale fondato sulla ragione.

(*Règles générales des conflits de lois*, nr. 28), per taluni scrittori recenti come ZITELMANN o FRANKENSTEIN e in generale per gli scrittori che elaborarono i sistemi teorici della nostra disciplina — nella misura in cui essi oppongono ai dati positivi un sistema fondato sulla ragione. Ricordiamo che il nostro proposito in questa sede è diverso. Considerando che il procedimento del conflitto di leggi riguarda il diritto positivo, si pone il problema di determinare l'influsso del diritto naturale nel suo funzionamento.

⁽⁵⁰⁾ Per il GAMILLSCHEG (*op. cit.*, p. 92 ss.) la posizione del DUMOULIN sembra essere stata una posizione intermedia. Malgrado la sua convinzione circa l'indipendenza del diritto comune francese nei confronti del diritto romano, la sua opera in materia di conflitto di leggi è fondata sull'ipotesi del carattere comune del diritto romano, richiamandosi tuttavia sussidiariamente la giustizia naturale.

⁽⁵¹⁾ Cf. i titoli dei trattati di PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1672, e di TOMASIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1705.

⁽⁵²⁾ Cf. ROUBIER, *Théorie général du droit*, 2^a ed., 1951, p. 138.

In tale modo si è molto lontani dalla struttura dogmatica della tradizione romanistica. Questo movimento di pensiero partiva da una visione pubblicistica del diritto internazionale. Presi dal loro interesse verso il diritto pubblico⁽⁵³⁾, nell'euforia dell'affermazione della nuova disciplina, i caposcuola del diritto naturale non sembra si siano preoccupati del rilievo delle loro tesi rispetto alla disciplina dei rapporti internazionali di diritto privato. Così il contributo dello stesso Grozio al diritto internazionale privato, poco conosciuto del resto, appare deludente per il suo tradizionalismo⁽⁵⁴⁾.

Ma bisogna in realtà pensare quanto questa teoria, sotto l'influsso iniziale di Grozio, sia lontana dall'aver respinto l'esperienza romana di cui essa si è al contrario ampiamente servita adattandola alle sue esigenze razionali⁽⁵⁵⁾. Da ciò deriva come il

(53) Proprio in quanto vennero considerate rientranti nel diritto pubblico e attraverso il canale della ideologia giusnaturalistica, le teorie tradizionali formarono in Inghilterra l'oggetto di una vera recezione nel XVIII secolo. Vedi su questo fenomeno classico il lavoro di SACK, *Conflict of Laws in the History of the English Law*, estratto da LAW, *A century of Progress* (1835-1935), vol. 3, 1937, pp. 342-454 e recentemente ANTON, *The introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws*, in « *International and Comparative Law Quarterly* », 1956, pp. 534-541. Il carattere del diritto pubblico del conflitto di leggi è ancora sostenuto da STORY, *Commentaries*, 6^a ed. a cura di REDFIELD, Boston, 1865, p. 10; sulla posizione del diritto naturale nel pensiero di STORY, vedi NADELMANN, in *Boston Law Review*, vol. 30, 1950, p. 382 ss. Nel secolo XIX la scuola del Mancini si avvicina alle tesi del positivismo, ma ciò avviene per imporre attraverso convenzioni internazionali una concezione pubblicistica del conflitto di leggi, giustificata in base a considerazioni di diritto naturale. Vedi l'articolo-programma del MANCINI nel I volume del *Clunet* (1874), p. 221 ss. In tal modo la tesi circa il carattere nazionale del diritto internazionale privato non può mettere in discussione il dato storico che esso venne inteso in taluni periodi come legato al diritto internazionale pubblico.

(54) V. GAMILLSCHEC, *op. cit.*, p. 158 ed ivi riferimenti. Tutta la dottrina di GROZIO sarebbe d'altronde una sintesi ed un richiamo di soluzioni tradizionali, almeno secondo l'opinione di LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le XVIII siècle et la doctrine moderne*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, vol. XVIII, 1927.

(55) V. su questo punto le opinioni di KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 252, e di WIEACKER, *op. cit.*, p. 167.

richiamo alla direttiva sul piano del diritto internazionale privato abbia potuto effettuarsi nella linea stessa di questa dottrina.

23. Si arriva così all'unica utilizzazione della direttiva alla quale comunemente si pensa quando si pone il problema. È stato infatti questo l'uso che se ne fece in Francia nel XVII secolo allorchè si volle disciplinare il problema della condizione degli stranieri⁽⁵⁶⁾. Ci si domanda se tale problema si riferisse al nostro argomento, il che viene negato dall'opinione corrente. Ma noi pensiamo che le tesi accolte su questo punto meritino di venire riesaminate.

La distinzione tra i « diritti naturali » o « facoltà del diritto delle genti », da una parte, e i « diritti civili » dall'altra, rappresenta in certo qual modo un'eredità trasmessa dal diritto comune al sistema francese circa le incapacità dello straniero.

Si sa che queste incapacità, la cui giustificazione giuridica risale al diritto feudale e non al diritto romano, erano concepite come corrispondenti a diritti signorili, quali le prestazioni dette « chevage » e « formariage »^(56-bis), e soprattutto il diritto di albainato, diritto che in seguito rivendicò il potere regio⁽⁵⁷⁾. Il richiamare rispetto ad essi la linea romana significava la loro « defeudalizzazione » definitiva e ciò comportava pure il sottomettere non soltanto la materia delle incapacità tradizionali, ma *tutta la disciplina della condizione degli stranieri* al sistema del diritto civile

⁽⁵⁶⁾ Il VILLERS, nella sua breve nota *La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie*, *Rec. de la Soc. Jean Bodin*, vol. X, *L'étranger*, p. 139, rinvia per questa materia all'opera di DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1884: opera che quantunque invecchiata rimane ancora insuperata. Sul punto vedi MARCHERITE, BOULET-SAUTEL, *L'aubain dans la France coutumière du Moyen âge*, *ibid.*, p. 65 ss.

^(56-bis) Le espressioni sono intraducibili in lingua italiana. Chevage — dice l'enciclopedia Larousse — indica « la capitation due par les serfs à leurs seigneurs en certains pays, par les aubains et les bâtards assimilés aux serfs ». Formariage indica « le droit que les seigneurs exigeaient des serfs qui se mariaient hors de la seigneurie, ou avec personne d'autre condition » [Nota del traduttore].

⁽⁵⁷⁾ Vedi per una recente analisi dell'evoluzione BOULET-SAUTEL, *loc. cit.*

romano. La tesi era artificiale, ma non tanto, come spesso si crede, per il carattere antiquato delle classificazioni romane che venivano richiamate: e si è già detto come non ci si debba attenere all'aspetto formale « statico » della direttiva, quanto piuttosto per il fatto che, come si è visto, a Roma quest'ultima non si era affermata per disciplinare la condizione degli stranieri. Essa interveniva infatti nei rapporti giuridici della vita estranea ma sottoposta al potere politico di Roma, e riguardava essenzialmente l'affermazione di una legge posta in primo luogo per disciplinare questi rapporti.

La nuova dottrina conduceva quindi ad una duplice conseguenza. In primo luogo essa consentiva oramai di rimettere in discussione il godimento da parte dello straniero di *qualsiasi diritto* e non più del numero limitato di diritti propri della tradizione feudale. In secondo luogo — e questa constatazione ci sembra rivesta un'importanza capitale per l'evoluzione ulteriore del diritto internazionale privato francese — il richiamo alla linea direttiva romana ricollegava ormai dogmaticamente il problema della condizione degli stranieri a quello del conflitto di leggi. Dire, infatti, che lo straniero non si può avvalere di un istituto o di una norma perchè è di puro « diritto civile », comporta che si escluda l'applicazione di questa norma o di questo istituto nei rapporti internazionali. La distinzione concerne in linea di principio tanto gli istituti e le norme francesi quanto quelli stranieri, ed adempie pertanto, almeno teoricamente, al medesimo compito di esclusione rispetto ad entrambe.

Così essa può intervenire non solo, come è in realtà accaduto, rispetto ad un istituto francese quale l'ipoteca legale della donna legata da vincolo matrimoniale ⁽⁵⁸⁾, ma anche riguardo ad un istituto straniero sconosciuto al diritto francese, quale ad esempio il *trust* anglo-americano.

(58) Su questo punto vedi *infra*, p. 38.

Ed infine la teoria della condizione degli stranieri, creata in base a queste premesse, presuppone, così come il conflitto di leggi, l'esistenza di un fondo comune di istituti che costituiscono l'oggetto del diritto internazionale privato. Come il conflitto di leggi essa si richiama ad una « società internazionale » ed al suo « diritto strumentale ».

Si comprende quindi come sia potuta sorgere in diritto francese una confusione costante tra il problema della condizione degli stranieri che è alla base a questa dottrina e il problema del conflitto di leggi. Si comprende pure come non si sia chiarito quale di questi due problemi sia sorto in linea logica per primo. Se si tratta di un diritto previsto dall'ordinamento francese, si può affermare che il problema del godimento del diritto è preliminare: ma ci si deve nello stesso tempo domandare se la legge straniera eventualmente competente assicuri a sua volta il godimento dello stesso diritto ⁽⁵⁹⁾. Che se invece il diritto in questione non è riconosciuto dalle norme materiali francesi, il problema non si pone sul piano della condizione degli stranieri, e l'eventuale esclusione di una norma o di un istituto discenderà dalla qualificazione o dal limite di ordine pubblico. Nel primo caso la determinazione della condizione degli stranieri è preliminare alla risoluzione del problema del conflitto di leggi, mentre nel secondo caso essa avrebbe dovuto essere successiva, ma ciò non si è avverato ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Il NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. II, 2^a ed., nr. 715, p. 251, rileva questa confusione nell'opera di AUBRY e RAU. Nella stessa opera, vol. III, nr. 887, p. 112, nota 2, vedi l'osservazione del Tribunale di Cassazione al momento della discussione del progetto dell'anno VIII del codice civile (FENET, vol. II, p. 422).

⁽⁶⁰⁾ AUBRY e RAU, considerando le esigenze logiche della materia, ritengono che il problema del conflitto di leggi si ponga prima di quello della condizione degli stranieri e che il secondo problema non si ponga se non dopo che si sia affermata la competenza della legge francese (p. 78, p. 476 ss. della 6^a ed.). Senza discutere la tesi, e tuttavia visibilmente in imbarazzo, il BARTIN si oppone a tale concezione affermando che « nella dottrina contemporanea l'ordine logico è esattamente il contrario » (*ibid.*, nota 23).

24. Tuttavia — e ciò viene generalmente trascurato dagli storici — la direttiva *jus naturale - jus gentium* ha operato nel XVIII secolo direttamente *rispetto al conflitto di leggi*.

In questo senso bisogna, per esempio, intendere il richiamo che si fa, a proposito di una norma o di una materia determinata, al suo carattere di « diritto naturale » o di « diritto delle genti ». Si consideri l'affermazione del Cancelliere di Aguesseau che la massima *actor sequitur forum rei* è di diritto naturale ⁽⁶¹⁾, e così pure l'affermazione, generale in quell'epoca, che i contratti sono retti dal diritto delle genti, principio di colore oscuro, perchè non si sa bene se ciò significava che occorresse, al di là del procedimento proprio del conflitto di leggi, ricercare in materia di contratti un diritto « materiale » internazionale ⁽⁶²⁾, oppure che occorresse richiamare la legge designata dalle norme di conflitto ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ V. NIBOYET, *Le Chancelier d'Aguesseau et le droit international privé*, « Rev. crit. », 1953, p. 34 ss.

⁽⁶²⁾ Ancora nel XVIII secolo HERTIUS identificava questo diritto con il diritto romano (V. GAMILLSCHIEG, *op. cit.*, p. 229). Osserviamo che questo autore è tedesco e che egli argomenta, come più tardi il SAVIGNY, nel quadro della tradizione civilistico-romanista. Una tendenza analoga si può individuare nella storia del diritto marittimo inglese ove, in materia di abordaggio sopravvenuto in alto mare tra navi battenti bandiera diversa (V. DICEY, 6^a ed., p. 806, nota 46; CHESHIRE, 5^a ed., p. 284), numerose decisioni hanno ammesso che la legge applicabile fosse la *General Maritime Law* (vedi LORD PHILIMORE, nella questione *The Leon*, in *Clunet*, 1883, p. 175: « le cause d'abordaggio sono cause *communis juris* »). L'espressione presuppone, osserva lo CHESHIRE « che esista un sistema di diritto universalmente riconosciuto come estendentesi a tutte le nazioni per gli atti compiuti in alto mare ». Ma egli aggiunge subito, e questo dà la misura del cammino percorso dal positivismo, che un tale diritto non esiste e che si tratta in realtà del diritto inglese, legislativo o giurisprudenziale.

⁽⁶³⁾ In pieno secolo XIX, FOELIX sentirà il bisogno (*Trattato*, 1843, nr. 99-bis, p. 165) di precisare il significato che egli attribuisce alla massima secondo cui le convenzioni e i contratti appartengono al diritto delle genti. Ciò non significa, egli scrive « che ogni atto qualificato come convenzione o contratto sia valido in tutti i paesi stranieri così come in quello dove è stato posto o redatto » ma che « la convenzione deve riunire le diverse condizioni richieste per la sua validità sostanziale » dalla legge applicabile. Si vede in questo passaggio realizzarsi la sottoposizione definitiva al conflitto di leggi di una materia riguardo alla quale non si era abbandonata nel passato l'idea che facesse parte di un diritto internazionale materiale. Sul bisogno di riproporre attualmente una concezione materiale del diritto internazionale commerciale, vedi MANN, *Réflexions on a Commercial Law of Nations*, *British Year Book of international Law*, 1957, pp. 20-51.

Esiste infine almeno un autore per il quale la direttiva è direttamente e incontestabilmente utilizzata rispetto al conflitto di leggi, e questo è il Boullenois. L'esempio più notevole è dato dall'esame che egli compie circa la capacità di testare ⁽⁶⁴⁾, in quanto egli fa completamente astrazione dal problema del godimento dei diritti. Il Boullenois considera indifferentemente il conflitto tra le consuetudini francesi e il conflitto tra queste e le leggi straniere. Egli ritiene che occorra fare in questa materia una distinzione fondamentale fra gli atti *inter vivos* e quelli *mortis causa*. Infatti, « gli uomini fanno derivare tutti gli atti di commercio dal diritto generale di tutte le nazioni, da un diritto necessario e naturale... ». La capacità di testare è invece generalmente considerata come attinente al diritto civile, malgrado l'opinione contraria del Dumoulin. Il Boullenois approva questo punto di vista: infatti « ... la società e il commercio » possono « ... sostenersi senza testamento... »; ed un'analisi storica (Atene prima di Solone, i popoli germanici, i Sassoni sotto Carlo Magno) o comparativa (la Polonia con l'ordinanza dei due Sigismondi) dimostrano come la facoltà di testare non sia riconosciuta da tutti i popoli; ciò prova che si tratta « ... di un diritto civile che è stato, più o meno, esteso e ristretto secondo i costumi dei vari paesi » ⁽⁶⁵⁾. La conclusione che si deduce da questa utilizzazione evidente della linea direttiva è che la capacità di testare è sottomessa alla *lex rei sitae* ⁽⁶⁶⁾. È, come si vede, la conclusione propria di un conflitto di leggi ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, vol. I, 1766, p. 706.

⁽⁶⁵⁾ *Op. cit.*, vol. I, p. 710.

⁽⁶⁶⁾ Vedi *op. cit.*, vol. I, p. 495, sulla validità del matrimonio contratto in Inghilterra secondo la forma protestante da parte di due francesi cattolici. BOULLENOIS richiama il pensiero di autori che hanno considerato questo matrimonio valido in virtù di una applicazione abbastanza curiosa della direttiva. Il matrimonio, essi dicono, appartiene non al diritto delle genti ma « al diritto civile di ciascuna nazione, rispetto alle formalità e condizioni che la legge esige... » dal che deriva che « il matrimonio che sia stato validamente contratto in un paese è valido in ogni altro ». Il ragionamento implica che il diritto delle genti attribuisca alla legge locale il potere di disciplinare le forme di celebrazione di matrimonio.

⁽⁶⁷⁾ In una memoria per gli studi superiori presentata nel 1958 alla Facoltà

IV. Utilizzazioni della linea direttiva nel diritto contemporaneo.

25. Si è così giunti alla parte più chiaramente « positiva » della nostra indagine, quella delle esplicazioni attuali della direttiva tradizionale.

Bisogna accennare preliminarmente alla sua reviviscenza nel XIX secolo, nella pienezza di quella che noi abbiamo chiamato la sua formula dinamica, che si deve ad Aubry e Rau. Per essi la distinzione sussiste « tra le facoltà ed i diritti che, comunemente considerati dalle diverse nazioni come provenienti dal diritto naturale, o che, trovandosi in via di fatto generalmente ammessi nelle loro legislazioni e facendo così parte dello *jus gentium*, non possono essere considerati come particolari o propri del diritto nazionale dei singoli popoli, e le facoltà ed i diritti la cui realizzazione è opera soprattutto del diritto nazionale che li consacra » (68).

La definizione non ha alcun rapporto formale con il diritto romano: essa prescinde inoltre dalla farragine pseudo storica che la appesantiva nel pensiero del Boullenois (69). Aubry e Rau l'accolgono per la soluzione del problema della condizione degli stranieri, in applicazione dell'articolo 11 del Codice civile

di Diritto di Parigi, BERTRAND LEMARIGNIER riferisce dal DUPLESSIS (*Oeuvres*, vol. II, Paris, 1728) la discussione in seno alla Conferenza degli avvocati al Parlamento di Parigi, sul problema della legge applicabile al regime matrimoniale. Secondo una opinione i non regnicoli potevano stipulare il regime della comunione ma non venire ad esso sottoposti in mancanza di un contratto. La distinzione è fondata in parte sul fatto che i contratti appartengono al diritto delle genti, mentre il regime di comunione è « una legge speciale che abbiamo posta per noi stessi ». Anche in questo caso la direttiva interviene senza alcun dubbio per regolare un problema di conflitto di leggi e non di godimento di diritti.

(68) *Cours de droit civil*, 6^a ed. a cura di Bartin, 1936, par. 78, p. 472.

(69) Il che non significa che la ricerca comparativa che essa comportava sia condotta da AUBRY e RAU in maniera esauriente. Così essi considerano l'ipoteca legale della donna sposata come un diritto « civile » perchè l'istituto non è ammesso in Inghilterra, in Scozia, in Olanda, in Austria, in Russia e in molti cantoni svizzeri (par. 78, nota 62). Sulla difficoltà di applicazione, in questo campo, della direttiva vedi *infra*, p. 53.

il cui testo ⁽⁷⁰⁾, attraverso la menzione dei diritti « civili », così come i lavori preparatori ⁽⁷¹⁾, indica senza alcun dubbio l'intenzione del legislatore di accogliere nel sistema francese la distinzione romana.

La giurisprudenza ha fatto sua nel passato, come è noto, questa formula nella misura sempre decrescente in cui essa ha ritenuto opportuno, in mancanza di disposizioni legislative, di rifiutare agli stranieri taluni diritti attribuiti dalle norme francesi ⁽⁷²⁾. Bisogna d'altronde ricordare a questo proposito ciò che è stato dianzi chiarito circa la possibile convergenza fra l'attuazione della linea direttiva ed il procedimento del conflitto di leggi. Rifiutare allo straniero un « diritto » civile, significa rifiutare di attuare questo « diritto » nel campo delle relazioni internazionali. La situazione si può ad esempio constatare nel caso dell'ipoteca legale della donna legata da vincolo matrimoniale, uno degli ultimi diritti che siano stati rifiutati agli stranieri in applicazione della direttiva. Ora è possibile che la giurisprudenza abbia preferito argomentare in base alla condizione degli stranieri, poichè il problema della legge applicabile si poneva in condizioni complesse e delicate ⁽⁷³⁾.

Ad ogni modo l'opinione dominante ritiene attualmente che la tesi romana così come la formulano Aubry e Rau sia superata dopo una sentenza della Cassazione civile del 27 luglio 1947 ⁽⁷⁴⁾. Questa sentenza statuisce che « gli stranieri go-

⁽⁷⁰⁾ « Allo straniero sono attribuiti in Francia gli stessi diritti civili che sono o che saranno accordati ai francesi dai Trattati del paese di cui lo straniero è suddito ».

⁽⁷¹⁾ V. la relazione del PORTALIS al Corpo legislativo in *Lochré*, vol. II, p. 246 ss., riportata anche da AUBRY e RAU, *ibid.*, p. 473, nota 12.

⁽⁷²⁾ V. l'evoluzione riportata in BATIFFOL, *Traité*, 3^a ed., 1959, nr. 180.

⁽⁷³⁾ V. BATIFFOL, *L'hypothèque legale de la femme mariée en France et le droit international privé*, *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I, 1954, pp. 591-609; cf. TRIB. NANTES, 22 febbraio 1955, in *J.C.P.* 55, II, 8586, con nota di SAVATIER; in *Clunet*, 1955, 682, con nota di SIALELLI, ed in « *Rev. crit.* », 1955, 710 con nota dell'autore. Per il caso dell'adozione vedi MERLE, *La droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Tübingen-Paris, 1954, p. 330.

⁽⁷⁴⁾ CASS. CIV. 27 luglio 1948, D. 1948, 535; « *Rev. crit.* », 1948, 75.

dono in Francia dei diritti civili ad eccezione di quelli che non siano loro espressamente negati». Sembra che la parola « espressamente » debba intendersi con riferimento a un testo scritto ⁽⁷⁵⁾. Tuttavia in una esposizione destinata alla pratica il MAURY ⁽⁷⁶⁾ non esita a ribadire la tesi e a chiarirne l'attuazione, e ciò senza dubbio perchè egli considera che il principio posto dalla Corte di Cassazione — prescindendo da una deviazione o da un mutamento ulteriore della sua giurisprudenza — non risolve tutto il problema. In primo luogo il legislatore stesso ⁽⁷⁷⁾, così come la pratica che interpreta il suo pensiero, hanno bisogno di uno strumento che permetta di valutare la legittimità del rifiuto di diritti allo straniero. In secondo luogo, e ciò è ancora più importante, il principio « nessuna discriminazione senza un'esplicita disposizione », accolto ora dalla Corte Suprema, non può concernere se non i diritti attribuiti da norme francesi, mentre rispetto ai diritti attribuiti dalle leggi straniere si pone una questione di godimento.

26. Il campo d'indagine si trova così preparato per accogliere le odierne attuazioni della linea direttiva, nel terreno propriamente detto del conflitto di leggi. Diciamo subito che nel nostro diritto contemporaneo, dominato dal positivismo statualistico, i richiami espliciti ad essa sono eccezionali. Ma tra quelli ed il richiamo implicito, di cui abbiamo chiarito la attinenza sia alla struttura razionale, sia all'evoluzione storica del conflitto di leggi, sussistono indicazioni espresse, rilevate dalla giurisprudenza o dalla dottrina, che presuppongono la direttrice senza richiamarla espressamente. Si esamini dapprima un caso

⁽⁷⁵⁾ Vedi BATIFFOL, *Traité*, 3^a ed., 1959, nr. 108, p. 208; e LEREBOURS-PI-CEONNIÈRE, *Précis*, 7^a ed. a cura di Loussouarn, nr. 248, il quale ammette la soluzione indipendentemente dalla sentenza precitata della Cassazione civile.

⁽⁷⁶⁾ Voce *Étranger* nell' *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, 1952, nr. 29 ss.

⁽⁷⁷⁾ Vedi la recensione dell'autore sull'articolo sopracitato del MAURY, « *Rev. crit.* », 1953, p. 646.

limite, dove la tradizione affiora in maniera più diretta. Nelle tre sentenze del 17 giugno 1899, la Corte di Parigi ⁽⁷⁸⁾ doveva risolvere il problema dell'efficacia rispetto ai beni del marito delle obbligazioni assunte in Francia dalla moglie, cittadina inglese, per i bisogni della vita familiare. Si sostenne innanzi alla Corte che la legge inglese in materia era stata poco prima modificata ⁽⁷⁹⁾. La Corte nutriva dubbi sul tenore della riforma; ma essa ritenne di non indugiare su un tale dubbio, in quanto affermò che « il riconoscimento del mandato tacito, in virtù del quale la moglie obbliga il marito per le spese necessarie alla famiglia, deriva dall'obbligazione che tutte le legislazioni impongono al marito di provvedere al mantenimento della moglie e dei figli » e quindi che si tratta di « un principio del diritto delle genti ». È chiaro che una simile costruzione logico-giuridica significa che l'applicazione della legge inglese, in quanto rifiuti il riconoscimento del mandato familiare, è stata esclusa dalla riserva d'ordine pubblico, e la legge francese venne applicata non in quanto tale, ma in quanto rifletteva le esigenze del diritto delle genti.

Benchè si tratti di un caso limite rappresentato da una sentenza apparentemente poco ortodossa, si è qui sulla via di una concezione dell'ordine pubblico che, come richiede la logica della materia, non esprime soltanto, secondo la espressione di Niboyet, « la intolleranza dell'organismo francese alla recezione degli istituti stranieri », ma rappresenta in modo concreto una concezione circa il modo di essere dei rapporti internazionali.

27. Ad analoghe premesse si ricollegano le definizioni dell'ordine pubblico del tipo di quelle date nel 1948 dalla Corte di Cassazione in una causa concernente la responsabilità senza colpa, materia in cui la legge francese non è considerata come di ordine pubblico. La Corte suprema afferma che l'ordine

⁽⁷⁸⁾ CORTE D'APPELLO DI PARIGI, 17 giugno 1899, in *Ciunet*, 1900, 138.

⁽⁷⁹⁾ Dal *Married Women's Property Act* del 1893.

pubblico è costituito da principî di *giustizia universale* considerati dall'opinione francese come dotati di un valore internazionale assoluto ⁽⁸⁰⁾. Si richiama inoltre allo stesso tipo di definizione l'accenno all'ordine pubblico contenuto nella sentenza, molto discussa, delle *Messagerie maritimes* del 21 giugno 1950 ⁽⁸¹⁾. Qui l'ordine pubblico viene utilizzato per escludere in materia di pagamento internazionale l'applicazione di disposizioni straniere normalmente applicabili, che annullavano con valore retroattivo la clausola oro. Commentando questa sentenza il Lerebours-Pigeonnière ha potuto scrivere — con ragione, pensiamo, perchè ha individuato almeno uno degli elementi del ragionamento complesso della Corte suprema — che « l'eccezione di ordine pubblico porta qui a creare nel diritto interno (e cioè nella legislazione francese di diritto internazionale) una specie di *jus gentium* a lato del *diritto comune interno* » ⁽⁸²⁾ e che « ...la giurisprudenza francese, preoccupata di tutelare le possibilità del commercio al di là dei confini, ha assunto la infelice iniziativa di introdurre una disciplina giuridica speciale che esprima le esigenze corrispondenti per essa, ad un minimo di sistema internazionale » ⁽⁸³⁾.

28. Ritorniamo ai « principî di giustizia universale » della sentenza del 1948. Il dato quantitativo che la formula introduce nella costruzione della nozione di ordine pubblico, si trova in una recente sentenza della Corte d'Appello di Torino ⁽⁸⁴⁾. Per l'organo giurisdizionale italiano la nozione è composta di principî che sono « in linea di massima comuni ai popoli civili ». Quanto al dato qualitativo, esso viene precisato in una sentenza

⁽⁸⁰⁾ CASS. CIV. 25 maggio 1948, « Rev. crit. », 1949, 89 con nota di BATIFFOL.

⁽⁸¹⁾ « Rev. crit. », 1950, 609 con nota di BATIFFOL.

⁽⁸²⁾ LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *À propos du contrat international*, *Clunet*, 1951, p. 14.

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, p. 22.

⁽⁸⁴⁾ CORTE D'APPELLO DI TORINO, 15 febbraio 1957, in « Rev. crit. », 1958, 557, con nota dell'autore.

tedesca del dopoguerra⁽⁸⁵⁾, che nega efficacia giuridica alla espropriazione avvenuta in Cecoslovacchia dei beni dei Tedeschi dei Sudeti, adducendo fra gli altri il motivo che essa violava un diritto naturale « riconosciuto » dall'articolo 30 della Legge preliminare al Codice civile tedesco, relativo all'ordine pubblico. Nella sentenza non si fa però alcun accenno al diritto naturale⁽⁸⁶⁾.

A proposito del dato qualitativo, ricordiamo ancora l'audace ed originale interpretazione sistematica sostenuta dal Lerebours-Pigeonnière rispetto ad una sentenza della Corte di Cassazione, in sede civile, che continua a porre in imbarazzo la dottrina. Si trattava di stabilire la possibilità per una madre di nazionalità francese di riconoscere una figlia naturale, che era divenuta inglese in seguito al suo matrimonio e conservava questa cittadinanza al momento del riconoscimento. Il diritto inglese, applicabile in quanto legge personale della figlia, ignora l'istituto del riconoscimento volontario della filiazione naturale. La Corte ha decisamente affermato che « una madre francese non può essere privata del diritto di riconoscere la bambina da lei nata, nonostante ogni disposizione contraria della legge straniera a cui è sottoposta in base alla sua nazionalità ».

Per il Lerebours-Pigeonnière⁽⁸⁷⁾ l'intervento dell'ordine pubblico viene qui giustificato non, come vorrebbe la dottrina dominante, dal contenuto della legge straniera applicabile, nè dalla sua incidenza particolare sul caso concreto, ma « dalla mancata tutela, da parte di un diritto straniero, di un diritto naturale ». Sancendo questo diritto « naturale », e non a titolo

⁽⁸⁵⁾ Vedi A. G. DINGOLFEN, 7 dicembre 1948, C. 119, 48, in « Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht », 1949, 141, con nota di BEITZKE, in MAKAROV, IPRsprechung, 1945-1949, p. 4.

⁽⁸⁶⁾ « L'applicazione di una norma straniera è esclusa quando essa urta contro i buoni costumi o lo scopo di una legge tedesca ».

⁽⁸⁷⁾ *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Études Ripert*, 1950, vol. I, p. 225 ss.

di statuto personale della madre, si viene ad applicare nella fattispecie la legge francese.

Si profila quindi la concezione generale nella quale il Le-rebours-Pigeonnière vorrebbe inserire la soluzione. Si avrebbero « diritti inerenti alla persona umana » che esistono indipendentemente dalla loro consacrazione per mezzo del diritto positivo interno, e che non « derivano dalla legge »⁽⁸⁸⁾. Questi diritti non potrebbero tuttavia « giuridicamente » (il che manifestatamente significa in base alla tecnica normale del conflitto di leggi) venire esercitati se non « in virtù di una legge che li regoli ». Se si tratta di una legge straniera, si ammette che essa possa disciplinare questi diritti e restringerne il contenuto. Ma se « l'opposizione concerne il godimento stesso del diritto, mentre la legge straniera non contiene alcuna disposizione relativa all'esercizio, non si può affermare in linea di principio che essa rimanga competente, e tale mancata disciplina comporta la sostituzione totale colla legge francese »⁽⁸⁹⁾.

Qualunque cosa si pensi di questa tesi bisogna ammettere che essa fornisce quanto meno una soluzione corretta del problema della sostituzione della legge straniera resa inapplicabile dalla riserva di ordine pubblico. La legge interna si applica non in quanto tale, ma in quanto riflette le esigenze dell'ordine concreto delle relazioni internazionali.

29. Sempre in materia di conflitto di leggi la linea direttiva è, come abbiamo sostenuto, ugualmente rilevante rispetto all'operazione della qualificazione.

La celebre tesi del Bartin sulla funzione attribuita in questa materia alla *lex fori* rifletteva una concezione positivistico-nazionalista integralmente accolta. Essa poneva il principio che il diritto interno fornisce necessariamente il quadro istituzionale

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 265, fine.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 265, fine.

delle relazioni internazionali ⁽⁹⁰⁾, il che comporta che le istituzioni o le norme straniere che non possono venire ridotte a questo quadro debbano ritenersi prive di ogni efficacia. Bartin rivela qui la medesima ostilità che il Savigny sentiva per l'istituto straniero « ignoto », con la differenza che per il Savigny la soluzione dei conflitti di legge si ha nel quadro della comunità di diritto degli ordinamenti di tradizione romanistica, mentre nel Bartin la soluzione si attua nel quadro del diritto privato nazionale ⁽⁹¹⁾.

Esaminando gli sviluppi di questa tesi estrema è possibile individuare taluni indici dell'applicazione della direttiva.

Si deve rilevare che la pratica del diritto comparato dà ragione al Bartin nella misura in cui essa rifiuta di far rientrare nel campo del conflitto di leggi le norme e gli istituti non ammessi dalla *lex fori*, mentre essa accoglie queste norme ed istituti nel campo delle relazioni internazionali in quanto essi siano stati introdotti nel diritto interno. Tale è stato in Francia il caso dell'ipoteca marittima: anteriormente alla legge del 10 dicembre

⁽⁹⁰⁾ « I giuristi dei singoli ordinamenti statuali non possono ricostruire queste norme (di conflitto) prescindendo dalle norme interne del loro diritto nazionale, senza desumere da queste ultime gli strumenti ed i concetti senza di cui la ricostruzione non può venire concepita, così come essi non potrebbero sopprimere la loro ombra »: *Principes de droit international privé*, vol. I, 1930, pp. 112-113.

⁽⁹¹⁾ Ricordiamo a questo proposito che la posizione iniziale del KAHN nel suo celebre studio *Gesetzeskollisionen*, *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-43, riprodotta in *Abhandlungen*, vol. I, 1928, p. 1 ss., era stata simile a quella di Bartin; ma Kahn sostenne in seguito la necessità che i concetti della norma del conflitto siano configurati in base alla comparazione dei diritti interni. Vedi il rapporto al I Congresso internazionale di diritto comparato, in « *Bullettin de la Soc. de Lég. comp.* », 1900, pp. 406 e 416 ed il testo tedesco in *Abhandlungen*, vol. I, 1928, pp. 491-503.

Si osservi che se in base alla sua concezione della qualificazione il Bartin limitava da una parte il campo del conflitto di leggi alle istituzioni e alle norme riducibili al sistema francese di diritto interno, egli allargava dall'altro questo campo in materia di ordine pubblico tanto da comprendervi le istituzioni e le norme europee. Vedi le sue osservazioni in *Clunet*, 1932, 18, in cui egli conclude che « la limitazione geografica del sistema europeo di conflitto e la limitazione giuridica della sua applicazione nei paesi per cui esso è stato posto, sono concezioni della stessa natura e della medesima origine ».

1874 che l'introdusse nel diritto francese, la giurisprudenza le rifiutava ogni efficacia, anche se fosse stata costituita all'estero e posta sopra una nave straniera ⁽⁹²⁾. Si può parimenti addurre l'esempio del diritto inglese, riluttante ad accogliere nel sistema di conflitto gli istituti della legittimazione o dell'adozione anteriormente alla loro introduzione nel diritto interno inglese.

Una tendenza inversa, ed altrettanto precisa, esiste nella pratica internazionale. Non è ad esempio assolutamente possibile spiegare altrimenti l'accoglimento nel diritto internazionale privato di un istituto come il *trust* anglo-americano ⁽⁹³⁾ la cui struttura non si può ricondurre ai concetti francesi ⁽⁹⁴⁾. Come poi spiegare se non con un superamento della sistematica interna, in base alla convinzione che esista un fondo comune d'istituti interni il quale discende dal diritto internazionale privato, il fatto che il sistema inglese di conflitto abbia formulato una norma per disciplinare il regime matrimoniale legale, quando il diritto inglese ignora tale istituto? ⁽⁹⁵⁾.

Vi è poi un esempio ancora più significativo, che si colloca a metà strada tra la tendenza nazionalistica e quella internazionalistica della qualificazione, e prova come la direttiva intervenga per determinare una internazionalizzazione degli istituti. Anche questo esempio è preso dal sistema inglese dopo l'introduzione, avvenuta nel 1926, dell'istituto dell'adozione. Nel 1954, nel caso *Wilson* ⁽⁹⁶⁾, in cui si trattava di determinare le conseguenze successorie di una adozione avvenuta all'estero, al giu-

⁽⁹²⁾ Su tale caso e sul caso inverso della separazione in Germania, considerata come tale da non potersi pronunciare tra stranieri dopo l'abolizione dell'istituto, vedi la nostra opera su *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, cit.*, p. 23, testo e nota 5.

⁽⁹³⁾ Vedi soprattutto CASSAZIONE, SEZIONE PENALE 4 giugno 1941, *J.C.P.* 42, 2017, con nota di MAURY, S., 1944, I, 133, con nota di BATIFFOL.

⁽⁹⁴⁾ MOTULSKI, *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, « *Rev. crit.* », 1948, pp. 451-463.

⁽⁹⁵⁾ Vedi ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, 1940, p. 85; e, su di essa, la recensione dell'autore in « *Rev. crit.* », 1947, p. 510.

⁽⁹⁶⁾ (1954) CH. 733; *Rev. crit.*, 1954, 544, con nota di GRAVESON.

dice Vaisey venne deferita la questione dell'applicabilità della legge interna inglese sull'adozione, che era in quel momento l'*Adoption Act* del 1950. Egli decise che questa legge non riguardava che le adozioni poste in Inghilterra e che perciò il minore canadese adottato in Canada da due coniugi inglesi domiciliati in Inghilterra non aveva diritto alla successione dei suoi genitori. Ciò in quanto il problema di determinare la legge applicabile all'istituto dell'adozione non doveva porsi per una duplice ragione: in primo luogo per il carattere artificiale dell'adozione, contrapposta alle relazioni di famiglia « secondo natura »⁽⁹⁷⁾, in secondo luogo per le discordanze irriducibili nella struttura dell'istituto nei vari paesi, del che il giudice dichiarò d'aver acquisito la convinzione leggendo un articolo nella *Enciclopedia Britannica* ⁽⁹⁸⁾.

30. Termineremo questo paragrafo rilevando un indice dell'influsso della linea direttiva nel quadro della posizione, puramente dogmatica e concettualistica, della dottrina dominante ⁽⁹⁹⁾ rispetto al problema della qualificazione. Per il Maury, si ha « un adattamento delle nozioni del diritto materiale del foro, utilizzate nel sistema dei conflitti di leggi » ⁽¹⁰⁰⁾. La *lex fori* interna serve, secondo il Maridakis, da « termine di para-

⁽⁹⁷⁾ Non c'è bisogno di insistere sul punto che in questo problema, come in quello del diritto della famiglia in Francia, la natura si intende nel senso stretto di « spontaneità » (*Ursprünglichkeit*) dell'essere (V. LALANDE, *Dictionnaire philosophique*, voci *Droit* e *Nature*, e ERIK WOLF, *op. cit. (infra)*, p. 114, nota 2) ciò che viene espresso termine romano di *jus naturae*. Abbiamo all'inizio di questo lavoro sufficientemente chiarito la necessaria indeterminatezza del contenuto del diritto naturale per non ritenere necessario giustificare il legame di questo concetto con la dottrina giusnaturalista.

⁽⁹⁸⁾ Sull'evoluzione ulteriore della giurisprudenza inglese in materia, v. DE NOVA, *Considerazioni comparative sull'adozione in diritto internazionale privato*, « *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* », 1958, nr. 3-4 (*Festgabe Makarov*), p. 730 ss.

⁽⁹⁹⁾ Per una penetrante critica di questa dottrina e della posizione stessa del problema detto della qualificazione v. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2 ed., 1958, p. 316 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ *Regles générales*, nr. 153, in fine.

gone» ⁽¹⁰¹⁾ per stabilire i concetti delle norme di conflitto. Partendo da una posizione analoga il Batiffol ha introdotto nella discussione un elemento tecnico che precisa questa funzione della legge interna. Le categorie del diritto interno « valgono », egli scrive, « salvo indicazioni contrarie » ⁽¹⁰²⁾: si ha quindi una presunzione a loro favore ⁽¹⁰³⁾. Ma cosa succede quando occorre discostarsene? Il Batiffol ha recentemente rilevato l'importanza di una fattispecie in cui la Corte di Cassazione faceva deliberatamente astrazione della qualificazione interna. Si trattava della legge applicabile per determinare l'influenza della malattia mentale sulla validità di un contratto. L'applicazione della qualificazione materiale francese portava a vedere in ciò un problema di vizio del consenso ed a sottoporre la questione alla legge che disciplinava il contratto. La Corte suprema ⁽¹⁰⁴⁾ ha ritenuto invece di prescindere dalla qualificazione desunta dalla legge interna. Ma ciò non significa che si sia accolta una concezione interna straniera qualsiasi, in quanto si è affermato trattarsi di una « incapacità naturale » sottoposta, in quanto tale, alla legge personale dell'alienato. L'esempio è senza dubbio raro, come il Batiffol osserva ⁽¹⁰⁵⁾: ciò nondimeno si attiene alla direttiva tradizionale.

V. Giustificazione attuale e risultato della direttiva « diritto naturale - diritto delle genti ».

31. Noi speriamo di avere così data una dimostrazione circa il punto che la direttiva romana « diritto naturale - diritto delle

⁽¹⁰¹⁾ Ἰδιωτικὸν διεθνὲς δικαίωμα, vol. I, Atene, 1950, p. 168 su cui vedi la recensione dell'autore in « Rev. crit. », 1950, pp. 128-132.

⁽¹⁰²⁾ *Traité*, 3 ed., 1959, nr. 296, p. 346.

⁽¹⁰³⁾ BATIFFOL, *Recensione a François Rigaud, La théorie des qualifications en droit international privé*, « Rev. crit. », 1957, p. 143.

⁽¹⁰⁴⁾ CHAMBRE DES REQUÊTES, 26 dicembre 1934, in *Clunet*, 1936, 166. La soluzione è accolta anche dalla SEZIONE CIVILE. 25 giugno 1957, « Rev. crit. », 1957, 680 con nota di BATIFFOL.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 683.

genti» è stata ripresa dalla dottrina tradizionale del conflitto di leggi e che il diritto attuale fornisce indici sicuri dell'impiego di questa combinazione di concetti.

Lo « storicismo » che ha ispirato la nostra indagine comporta certamente che essa presenti un aspetto frammentario e congetturale; ma non ha bisogno di essere difeso in quanto metodo di ricerca. Infatti si può dubitare della tesi dell'Hauriou, per cui gli elementi del diritto romano classico che si trovano nel diritto comune contemporaneo presentano per ciò stesso un valore di « diritto naturale »⁽¹⁰⁶⁾. Ugualmente si può non condividere il punto di vista di recente sostenuto dal Coing circa l'intervento necessario del fattore storico nell'applicazione del diritto⁽¹⁰⁷⁾. Trattandosi del solo diritto internazionale privato, si darebbe prova di mancanza di spirito « positivo » non considerando rispetto a questo ramo del diritto le condizioni di tempo. Solamente ciò spiega, come si è visto, la apparente incoerenza dogmatica del conflitto di leggi.

Ci sia tuttavia permesso, trascurando il problema della « positività » della linea direttiva che abbiamo posto in rilievo, chiarire il nostro punto di vista circa l'utilità che essa presenta per l'avvenire del diritto internazionale privato.

32. L'obiettivo, a cui tende tale linea, sembra corrispondere ai dati del mondo presente. Fra questi si ricordi il principio che la tutela degli interessi privati appartiene originariamente e a titolo di priorità allo Stato⁽¹⁰⁸⁾. Ora trattandosi

⁽¹⁰⁶⁾ Gli istituti giuridici che si ritroveranno fra duemila anni, molto probabilmente conterranno una notevole parte di « diritto naturale » (citato da MARTY e RAYNAUD nella pregevole introduzione generale al *Droit civil*, vol. I, 1956, p. 42).

⁽¹⁰⁷⁾ H. COING, *Savigny e Collingwood, ou Histoire et interprétation du droit*, in « Archives de philosophie du droit », 1959, pp. 1-9. Vedi nello stesso volume dedicato ai rapporti fra il diritto e la storia, gli articoli di J. GAUDEMET, *Etudes juridiques et culture historique* e PARADISI, *Le dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*.

⁽¹⁰⁸⁾ La tesi è chiaramente e decisamente enunciata dal BATIFFOL; vedi le nostre osservazioni in « Rev. Internat. de dr. comparé », 1955, pp. 349-360.

di relazioni internazionali esistono settori di attività, quale quello del commercio propriamente detto, dove si fa strada la coscienza della necessità di norme speciali, tenendo conto delle condizioni proprie della vita internazionale. È questo il campo del diritto internazionale « materiale », di cui le convenzioni internazionali sono la fonte principale ma non unica. Esistono invece altri settori dell'attività umana dove le relazioni internazionali non sembrano porre problemi diversi di quelli del diritto interno. Gli Stati si sforzano allora, sotto l'impulso della dottrina, di unificare le loro norme di diritto interno, ciò che è un modo di fare progredire insieme il diritto interno e di risolvere il problema del diritto applicabile alle relazioni internazionali. Nascono in questo modo le convenzioni internazionali aventi per oggetto la unificazione dei diritti interni.

La zona ove si attua il conflitto di leggi, questo *no man's land* pieno di pericoli⁽¹⁰⁹⁾, si pone tra i due poli del diritto internazionale privato uniforme e del diritto interno uniforme. La tecnica usuale del conflitto di leggi ha infatti il compito, almeno nei paesi dove le relazioni internazionali si sono intensificate, di superare i contrasti fra le legislazioni interne che spesso divergono anche profondamente: essa non riguarda più le sole divergenze fra Stati di una civiltà comune ed esclusiva⁽¹¹⁰⁾. Eppure il conflitto di leggi è oggi considerato come

(109) Ecco come si esprime recentemente a questo proposito un autore americano: « Il regno del conflitto di leggi è un acquitrino sinistro pieno di pantani mobili, popolato di saccenti e eccentrici professori che speculano su materie misteriose in un gergo strano e incomprensibile. Il giudice o il pratico comuni si perdono completamente, quando vi si immergono, e vi si imbrigliano » (WILLIAM L. PROSSER, citato da ANTHONY BLAND in *A. Century of Family Law*, Londres, 1957, p. 378). E' vero che l'apprezzamento concerne più specialmente l'utilizzazione delle norme di conflitto nel diritto interfederale degli Stati Uniti, dove l'adattamento degli schemi tradizionali dà luogo ad ulteriori complicazioni. In lingua francese vedi BONASSIES, *Structure fédérale et conflits internes des lois - L'exemple des Etats-Unis d'Amérique*, « Rev. crit. », 1953, p. 33 ss.

(110) L'emancipazione delle regioni del mondo che erano già sotto la dipendenza politica europea comporta, nel campo del diritto internazionale privato, la scomparsa della gerarchia fra leggi locali e leggi dei paesi civili. Il problema

dipendente dalla volontà di ciascun legislatore statale, ed a ragione, noi riteniamo, in quanto le relazioni internazionali che costituiscono l'oggetto del conflitto di leggi si inseriscono normalmente nell'ordine delle relazioni interne e devono poter-visi inserire armoniosamente. Esse presentano rispetto all'ordinamento interno un carattere eccezionale, poichè i sistemi statuali non potrebbero, senza rischio di perturbazioni sociali, tollerare una recezione troppo grande di elementi stranieri. Ne consegue che il conflitto di leggi dipende, se non in virtù del principio stesso che permette di applicare le leggi straniere, almeno nel modo di attuazione di questo principio dalle fonti statuali del diritto.

33. Conviene adunque utilizzare senza esitazione quello che si chiama correntemente il carattere « nazionale » del conflitto di leggi. Ma ciò non per negare che le relazioni internazionali che ne costituiscono l'oggetto debbano essere viste in funzione di una finalità ugualmente internazionale: l'ordinamento statale che si integra mediante norme straniere per soddisfare alle esigenze della vita internazionale appare, per il fatto stesso che esso assume questo compito, come operante per l'elaborazione di un ordine giuridico internazionale. Si ritrova a questo punto l'idea di « società internazionale » sviluppata dal Batiffol. Ma si è così indotti ad affermare che il diritto di questa società internazionale, sia essa vista sotto un profilo teorico o strumentale, deve essere analizzato nel suo contenuto concreto.

Ora la linea direttiva romana, trasmessa dalla dottrina tradizionale, permette precisamente di identificare questo con-

sussiste però in relazione al progresso di queste legislazioni rispetto alle condizioni del mondo attuale (ed invero tutti i nuovi Stati di questo dopo guerra si sono preoccupati della riforma del loro diritto interno). Il principio dell'uguale trattamento della legge straniera non impedisce dunque che si formuli su di esso un giudizio di valore.

tenuto. Essa postula che gli Stati debbano assicurare mediante la tecnica del conflitto di leggi l'efficacia sul piano internazionale degli istituti e dei principî che essi considerano come essenziali — e si ha qui il « diritto naturale » — o che sembrano tali in ragione della loro espansione nel mondo — e si ha qui il « diritto delle genti »: in tal modo i due aspetti si contrappongono e si fondono ⁽¹¹¹⁾ per fornire criteri idonei a controllare il modo di attuazione astratto della tecnica tradizionale del conflitto di leggi.

L'elemento qualitativo della linea, permette già, mediante il sistema tradizionale della nozione di ordine pubblico, di eliminare i dati di diritto straniero la cui utilizzazione appare dannosa. Esso permetterà anche — supponendo che la direttiva si affermi un giorno più ampiamente nella pratica — d'imporre, sul piano internazionale taluni diritti riconosciuti dalla *lex fori* e che non vengano sanciti dalla legge applicabile. È questa, ricordiamolo, la tesi sviluppata dal Lerebours-Pigeonnière ⁽¹¹²⁾.

Quanto all'elemento quantitativo, esso esprime quella specie di consuetudine indiretta che è data, in diritto internazionale privato, dall'esistenza di elementi costanti nel diritto interno dei popoli. La nozione può offrire il grande vantaggio di conciliare i punti di vista del diritto internazionale privato con quello del diritto internazionale pubblico. Si ricordi a questo proposito come rispetto a certi problemi, ad esempio la espropria-

⁽¹¹¹⁾ La nostra tesi sfugge dunque alla penetrante dimostrazione fatta dal BATIFFOL circa la insufficienza del richiamo al solo diritto naturale (*Aspects philosophiques, cit.*, p. 144 ss.).

⁽¹¹²⁾ *Supra*, p. 144. La costruzione di LEREBOURS-PIGEONNIÈRE giustificherà d'altronde altre soluzioni accolte dalla giurisprudenza francese. Vedi in particolare per il matrimonio putativo la nostra nota a CASSAZIONE, SEZIONE CIVILE 6 marzo 1956, « Rev. crit. », 1956, 305, e per il divorzio fra sposi di nazionalità diverse la nostra nota a Tribunale della Senna, 27 gennaio 1956, « Rev. crit. », 1956, 497. La questione dell'applicazione preferenziale della *lex fori* meritava di essere ripresa, superandosi l'idea inesatta che questa applicazione costituisca in tutti i casi una manifestazione di nazionalismo.

zione, si ritiene oggi che si abbiano valutazioni diverse per ciascuna delle due discipline, come se si trattasse di prendere da un medesimo elemento una misura di due qualità differenti, mentre invece si tratta di problemi umani che non cambiano perciò di natura. Ora nel diritto internazionale pubblico il grado di espansione della pratica interna degli Stati appare un criterio atto a valutare la responsabilità internazionale degli Stati ⁽¹¹³⁾.

34. Diremo, per concludere, una parola sulle difficoltà della ricerca dell'elemento quantitativo. Esse sono considerevoli: ma occorre ricordare che non si richiede un'analisi sistematica dei diritti del mondo intero, ma solamente un esame dei lavori che cercano di individuare i tratti comuni dei diritti interni. L'esame quantitativo si fonde così con quello qualitativo e si conferma il carattere giusnaturalistico della linea, presa nel suo insieme. Per questa visione di un fondo di diritto comune, sono legittime anche in diritto internazionale privato le preoccupazioni universalistiche di una corrente del pensiero giuridico francese prima della guerra mondiale ⁽¹¹⁴⁾. In questo ordine di idee l'esperienza contemporanea è affine a quella del mondo romano, come se, dal punto di vista del diritto privato, gli Stati moderni, nel quadro di una civiltà materiale comune e di un'etica comune, per quanto almeno essa viene favorita da una medesima civiltà, divenissero i conti-

⁽¹¹³⁾ Sull'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia vedi le riflessioni di DAVID, *Traité élém. de droit civil comparé*, 1950, p. 100. Sul ravvicinamento dei punti di vista pubblicistico e privatistico e sull'affermazione dell'importanza della pratica interna per l'evoluzione delle due discipline: vedi CHARLES DE VISSCHER, *Qualche riflessione sulla nozione della politica in diritto internazionale pubblico e privato*, *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, Milano, 1957, pp. 399-405. Sul problema particolare delle nazionalizzazioni vedi la nota di DE NOVA alla sentenza del TRIBUNALE DI ROMA 13 settembre 1954, « Rev. crit. », 1958, 519.

⁽¹¹⁴⁾ ANCEL, *La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX siècle*, *Festschrift Rabel*, vol. I, 1954, pp. 17-38.

nuatori della missione ecumenica che il diritto romano aveva rivendicato ⁽¹¹⁵⁾.

L'ambito dell'utilizzazione della linea direttiva giusnaturalistica potrà forse sembrare alquanto lontano dall'orizzonte immediato del legale pratico. Ma dubitiamo che coloro che rimprovereranno ai nostri propositi una mancanza di realismo possano essere sicuri di aver riunito una maggior dose di concretezza nelle maglie dell'astratta dogmatica positivista.

⁽¹¹⁵⁾ YNTEMA (*The Objectives of Private International Law*, « Canadian Bar Review », 1957, pp. 721-742 e in versione francese, « Rev. crit. », 1959, p. 1 ss.) afferma, fra i principi direttivi del diritto internazionale privato, quello della « *justice comparative* ». Il concetto si ravvicina singolarmente all'elemento « quantitativo della direttiva qui delineata. In questo senso la indagine qui compiuta conferma quella più vasta e condotta per altra via dall'YNTEMA.