
L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico

Daniele Riveccio

*Dottorando di ricerca in Diritto dei contratti
nell'Università degli Studi di Cagliari*

SOMMARIO: 1. L'approccio metodologico alla comparazione giuridica cenni. - 2. Applicazione necessaria ed istituzionale del metodo comparatistico. - 3. L'Applicazione facoltativa e culturale. I principali ostacoli all'applicazione del metodo comparatistico nella giurisprudenza italiana. - 4. Analisi casistica delle decisioni giurisprudenziali.

1. L'approccio metodologico alla comparazione giuridica. Cenni

Nel preliminare approccio alla presente trattazione è opportuno esaminare il contenuto semantico della accezione *comparazione giuridica* che *prima facie* richiama, secondo il pacifico orientamento della dottrina, attività di contenuto diverso, aventi, come è ovvio, un collante rinvenibile nello studio del diritto straniero⁽¹⁾.

L'evoluzione storica del pensiero giuridico, infatti, è connotata da un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sullo scopo dell'attività comparatistica, che, segnatamente con l'avvento del fenomeno della globalizzazione, ha assunto crescente rilievo ed attualità derivanti dall'incremento dei sistemi giuridici che sono venuti a contatto con il nostro ordinamento.

(1) Secondo RESCIGNO P., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in *Modalità e tecniche della comparazione giuridica* diretto da Alpa, Milano, 2006, p. 6, la comparazione, intesa come metodo, serve allo studioso non soltanto per acquisire nuove conoscenze ed assumere informazioni più ampie, ma anche per operare un confronto tra soluzioni divergenti ovvero coincidenti di ordinamenti diversi. In tale ottica, secondo l'autore, il tema specifico è dato dall'applicazione di istituti e regole che provengono da altri ordinamenti. Si tratta, quindi, di un tema che senza ombra di dubbio è divenuto di crescente attualità con l'avvento del fenomeno della globalizzazione, che, sia pure nell'ambito della tradizionale dicotomia tra sistemi di *common law* e di *civil law*, determina l'incontro di culture diverse. Si ponga mente, ad esempio, ad alcuni istituti quali il ripudio o la poligamia nell'ambito del diritto di famiglia ovvero all'incontro nell'ordinamento italiano tra diritto civile e diritto canonico, recepito nel diritto positivo.

Più precisamente, per un verso si è evidenziato un approccio metodologico c.d. epidermico⁽²⁾ che, senza eseguire una vera analisi, si limita ad operare superficialmente un confronto del diritto interno con gli istituti stranieri cogliendo i profili di simiglianza e differenziazione⁽³⁾. In tale ottica la comparazione giuridica si prefigge necessariamente di conseguire una migliore conoscenza dei dati giuridici, là dove il perseguimento di finalità ulteriori, quali, ad esempio, la promozione del modello legale migliore, rappresentano un fine eventuale⁽⁴⁾.

Per altro verso, è emerso un orientamento diametralmente opposto che tende a calarsi integralmente nel diritto straniero, pervenendo ad esiti ricostruttivi non molto dissimili da quelli immanenti a quest'ultimo.

Infine, giova segnalare un approccio intermedio che, muovendo dallo studio del diritto straniero, persegue un miglioramento del proprio diritto tramite la promozione del progresso economico e sociale degli stati, della costruzione e dell'incremento dei rapporti pacifici nonché della costruzione del dialogo tra i cultori delle diverse scienze sociali. Il tutto rifuggendo da categorie astratte.

2. Applicazione necessaria ed istituzionale del metodo comparatistico

Ad ogni buon conto, pur muovendo da una differente ricostruzione funzionale del fenomeno, la dottrina comparatistica ha riscontrato in linea di massima nelle decisioni giurisprudenziali due modelli fondamentali caratterizzati dalla circostanza che il giudice si confronta con il diritto straniero⁽⁵⁾.

⁽²⁾ La distinzione è di VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004, p. 14.

⁽³⁾ La tesi è sostenuta da SACCO, *Introduzione al diritto comparato in Trattato di diritto comparato*, I, Torino, 1992, p.12 ss., secondo il quale lo scopo della scienza comparatistica, come di tutte le scienze, consisterebbe semplicemente nell'incremento delle conoscenze che attengono alle differenze ed alle somiglianze tra ordinamenti.

⁽⁴⁾ In tal senso, GAMBARO, MONATERI, SACCO, *Comparazione giuridica*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 51 ss. Nel solco di tale impostazione gli autori enunciano altri due principi cardinali. Il primo consiste nella identificazione della comparazione quale scienza empirica che, alla stregua delle scienze storiche ed in contrapposizione alla dogmatica, polarizza l'attenzione sui vari fenomeni giuridici concretamente realizzatisi nel passato e nel presente. Il secondo, invece, nella precisazione che non si ha comparazione sin quando ci si limita ad un mero interscambio culturale ovvero ad un'esposizione parallela dei principi esplicitati nelle diverse aree.

⁽⁵⁾ Rileva opportunamente ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, p. 41, che le sentenze connotate da

Il primo è quello della c.d. applicazione necessaria ed istituzionale, connotata dalla circostanza che il giudicante è tenuto ad applicare il diritto straniero, atteso che la fattispecie posta alla sua cognizione presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno⁽⁶⁾.

La dottrina non ha mancato di evidenziare che questo primo gruppo di decisioni denota un approccio diffidente al metodo comparativo, atteso che astenendosi dal formulare giudizi di valore o di opportunità, la giurisprudenza non va oltre l'analisi superficiale del testo normativo⁽⁷⁾.

Si pensi, ad esempio, alla applicazione delle norme di diritto internazionale privato c.d. in senso stretto⁽⁸⁾ di cui alla l. 31 maggio 1995 n. 218 che, come è noto, regolamentano i conflitti tra regole di diritto materiale di ordinamenti diversi⁽⁹⁾.

Del pari si ponga mente agli accordi internazionali che prescrivono l'interpretazione uniforme delle norme di diritto internazionale privato⁽¹⁰⁾, quali, ad esempio, la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁽¹¹⁾ e la Convenzione

un uso giurisprudenziale della comparazione giuridica sono probabilmente molte di più di quelle che si riesce faticosamente a rintracciare. Il sistema di massimazione delle pronunce e, quindi, della loro classificazione e circolazione in ambito accademico e professionale, è infatti fondato sulla *ratio decidendi*, laddove la citazione della sentenza straniera rientra nella maggioranza dei casi nell'alveo degli *obiter dicta*. Necessiterebbe, quindi, osserva l'autore, una lettura integrale delle migliaia di pronunce depositate ogni anno dal Supremo Collegio e dalle corti di merito.

(6) Sul punto, SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, diretto da Visintini, Milano, 2001, p. 12. ss.

(7) È il caso dell'applicazione della disciplina vigente in tema di diritto internazionale privato, ove l'unica eccezione rinvenibile è costituita dalle ipotesi in cui il giudice pone in essere un'attività di verifica della compatibilità delle norme internazionali con il principio dell'ordine pubblico di diritto interno. Sul punto, VIGORITI, *op. cit.*, p. 16, secondo il quale necessiterebbe una lettura integrale delle migliaia di pronunce che ogni anno il Supremo Collegio e le corti di merito riescono a depositare.

(8) Sul punto, SOMMA, *op. cit.*, p. 13, il quale osserva che le stesse ipotesi possono essere riguardate alla luce delle norme che si riferiscono alla giurisdizione nonché al riconoscimento ed alla esecuzione delle decisioni.

(9) In tale ottica, come si evince dal tenore dell'art.15, l. 31 maggio 1995, n. 218, «*la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione*». L'unico limite è rappresentato dal principio dell'ordine pubblico interno contenuto all'art. 16 in forza del quale «*la legge straniera non è applicabile se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*». Sul punto, SOMMA, *op. cit.*, p. 8 ss.

(10) Tali accordi, come osservato dalla dottrina, preludono ad ottenere esiti ermeneutici autonomi.

(11) L'art. 18 della convenzione recita «*Nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate ed applicate in modo uniforme*».

di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili⁽¹²⁾. In altre occasioni, infine, la giurisprudenza, collocandosi in una prospettiva marcatamente istituzionale, analizza il diritto degli stati membri della U.E., nell'alveo dell'applicazione necessaria⁽¹³⁾, ovvero facoltativa⁽¹⁴⁾ del diritto comunitario⁽¹⁵⁾.

3. *Applicazione facoltativa e culturale.*

I principali ostacoli all'applicazione culturale del metodo comparatistico nella giurisprudenza italiana

Nel secondo modello di decisioni, invece, il giudice fa spontaneamente ricorso all'uso complementare della comparazione quale scelta culturale ed ermeneutica al fine di dare sostegno all'interpretazione di quello italiano. In questa sede, infatti, il giudice nazionale adopera il dato normativo non italiano in fattispecie prive di elementi di estraneità di talchè l'applicazione del diritto straniero è posta in essere non in adempimento di un dovere istituzionale, ma per trovare elementi di sostegno ovvero di contrasto con l'interpretazione delle norme di diritto interno che si accinge a formulare⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ L'art. 7 della convenzione *de qua* stabilisce che «l'interprete deve aver riguardo al suo carattere internazionale ed alla necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione». Vengono in considerazione, infine, le convenzioni specifiche di settore quali, ad esempio, la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1995 in tema di *trusts*.

⁽¹³⁾ Si ponga mente ai regolamenti ed alle direttive dettagliate.

⁽¹⁴⁾ Si pensi alle direttive non dettagliate che necessitano un atto normativo di recepimento del legislatore nazionale per entrare nel nostro ordinamento

⁽¹⁵⁾ In questa sede, come opportunamente rilevato dalla dottrina, la pressione del legislatore europeo, unitamente a quella operata dalla Corte europea di giustizia tramite il meccanismo della pregiudiziale, favorisce un circolo virtuoso di interscambio culturale tra gli membri della U.E.

⁽¹⁶⁾ In questa sede l'analisi delle pronunzie giurisprudenziali ha evidenziato come si vedrà meglio *infra*, una linea di tendenza connotata dalla prevalenza, al di là di un mero ossequio formale, di un uso residuale e surrettizio della comparazione. In tale ottica, la dottrina, nel descrivere il fenomeno, fa spesso ricorso all'espressione *uso clandestino della comparazione*. Sul punto, VIGORITI, *op. cit.*, p. 20. In alcune occasioni la giurisprudenza non ha mancato di esprimere aperta contrarietà ad elaborazioni non fondate unicamente sul diritto interno. È il caso di Cass. SS.UU., 25 giugno 2001, n. 874, 4 in *Riv. arb.*, 2002, p. 513; *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1272, che chiamata a pronunziarsi sulla natura dell'arbitrato ha rifiutato di considerare le esperienze straniere osservando che l'esegesi di istituti dell'ordinamento nazionale non può essere condotta a parametro di norme straniere che disciplinano pur corrispondenti istituti.

Tanto premesso, giova evidenziare che il ricorso spontaneo alla comparazione riveste nel nostro sistema un rilievo residuale⁽¹⁷⁾, a differenza di quanto accade in ambito europeo ove si presenta tutt'altro che sporadico.

Tale differenza è stata spiegata in dottrina evidenziando primariamente la circostanza che nel nostro ordinamento sussistono barriere linguistiche che, ostacolando la comprensione del testo straniero, impediscono la circolazione delle decisioni. Del pari si è posta in rilievo la presenza di vincoli stilistici alla motivazione delle sentenze che non consentono di cogliere appieno tutti i passaggi logico argomentativi della decisione⁽¹⁸⁾.

Ad ogni buon conto deve osservarsi che una posizione baricentrica nell'approccio dottrinale al tema è ricoperta dall'analisi delle strettoie formali rinvenibili nel sistema delle fonti nazionali, ed in particolare, della disposizione di cui all'art. 12 d. prel. c.c. Quest'ultima, infatti, costituisce, benché non sia contenuta in una fonte di rango costituzionale, un'autentica pietra angolare del sistema che delinea una scansione gerarchica tra il ricorso all'analogia e l'applicazione dei principi generali che, come è noto, costituiscono i criteri di interpretazione della legge consentendo di colmare le lacune del nostro ordinamento.

La disposizione *de qua*, infatti, recita al primo comma che «*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*».

Il secondo comma, invece, enuclea il principio in forza del quale «*se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato*», elaborando, quindi, dei criteri che consentono di risolvere in modo univoco quelle opzioni interpretative rimaste incerte sulla base dell'applicazione dei criteri enucleati al primo comma.

(17) Si pensi ad ordinamenti tradizionalmente aperti quali quelli *common law*, ove il ricorso alla comparazione giuridica è tutt'altro che eccezionale. Del pari possono rammentarsi i riferimenti comparatistici contenuti nelle sentenze tedesche i quali non sono necessariamente circoscritti all'indicazione delle fonti normative, atteso che non sussiste in quell'ordinamento alcun divieto di citazione della dottrina. Ne deriva che gli autori stranieri vengono citati perfino in tema di interpretazione di un istituto tipicamente germanico quale il negozio giuridico.

(18) Si ponga mente, ad esempio, al divieto di citare gli autori giuridici enucleato all'art. 118 disp. att. c.p.c. Sul punto SOMMA, *Le corti italiane e l'uso complementare dei modelli normativi extratestuali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario in Uso complementare della comparazione*, Milano, 2004, p. 32 ss. L'Autore menziona la decisione del Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.* 1990, I, 2, c. 296, contenente riflessioni dedicate ad una sentenza statunitense invocata in quanto poco prima pubblicata e tradotta in una diffusa rivista italiana. Il tutto peraltro recependo le stesse riflessioni operate dall'annotatore italiano del provvedimento straniero.

È sorta una ricca fioritura di opinioni intorno alla ricostruzione esegetica delle due norme ed, in particolare, sui riflessi di tale ricostruzione nell'uso giurisprudenziale della comparazione.

Giova infatti evidenziare, che, come osservato da autorevole dottrina, la formula adoperata dal legislatore del '42, nel suo tenore letterale, è un chiaro indice rivelatore di una *ratio legis* diretta a realizzare un sistema chiuso, conservando la nostra tradizione giuridica tramite l'interposizione di un ostacolo insuperabile all'uso della giurisprudenza straniera⁽¹⁹⁾.

Secondo un primo orientamento⁽²⁰⁾, di matrice restrittiva, il riferimento all'analogia ed ai principi generali dell'ordinamento, precluderebbe l'utilizzo del diritto straniero per la soluzione di controversie nazionali prive di elementi di estraneità. In tale ottica, polarizza l'attenzione sul secondo comma della disposizione in commento, osservando che l'espressione «*principi generali dell'ordinamento*» pur essendo amplissima, è, comunque, inequivocabilmente ancorata alla nostra tradizione giuridica, come si evince dal confronto con la formulazione «*principi generali di diritto*» adottata dal previgente art. 3 del c.c. del 1865. Quest'ultimo, infatti, lasciava supporre che l'interpretazione delle leggi potesse avvenire facendo riferimento a leggi straniere ritenute di applicazione generalizzata⁽²¹⁾.

In tale ottica, il metodo storico, ancorato sulla nostra tradizione giuridica ed in larghissima parte al diritto romano, dovrebbe essere preferito a quello tecnico giuridico, privilegiato dalla dottrina tedesca nell'ultimo cinquantennio.

Ciò nondimeno la lettura della norma in chiave storica e conservatrice si presenta recessiva. L'evoluzione interpretativa dell'art. 12 d. prel. c.c. ha evidenziato, infatti, un suo progressivo svuotamento nonché logoramento, legato in parte anche all'apertura del nostro ordinamento a nuove fonti sovranazionali⁽²²⁾. In tale ottica è prevalsa una tendenza

⁽¹⁹⁾ In tal senso, RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 8, il quale osserva che l'atteggiamento statalista del legislatore del '42 trova spiegazione nella necessità, avvertita all'epoca dell'emanazione del codice vigente, di preservare la nostra cultura giuridica dalla *contaminatio* proveniente dall'ordinamento del principale alleato politico e militare dell'epoca, la Germania, che si accingeva ad emanare un codice popolare assiso su nozioni ed una metodologia di ragionamento agli antipodi rispetto alla nostra concezione del diritto.

⁽²⁰⁾ In tal senso MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 489.

⁽²¹⁾ Secondo l'autore tale assunto trarrebbe parimenti conforto dalla *Relazione al re* in forza della quale il termine ordinamento «*risulta comprensivo nel suo ampio significato oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'ordinamento politico (legislativo e statutale e della tradizione scientifica nazionale) con esso concordante*».

⁽²²⁾ Si ponga mente, a titolo esemplificativo, ai regolamenti. In tal senso, RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 8.

dottrinale verso una concezione del diritto civile in chiave extrastatuale, in antitesi alle tradizionali regole codicistiche di interpretazione ed applicazione del diritto, che, quantunque non recepite nella costituzione, hanno assunto (ed assumono comunque tutt'ora) un ruolo fondamentale nella connotazione del nostro sistema⁽²³⁾.

Tale assunto trova conforto in quell'indirizzo dottrinale che, nel solco delle tesi elaborate dalla dottrina comparatistica tedesca sul finire degli anni '40⁽²⁴⁾, propugna una tesi elastica ed estensiva valorizzando su un piano formale la circostanza che l'art. 12 d. prel. c.c. contiene un espresso riferimento allo *Stato* quando menziona i principi ma non allorquando fa riferimento all'analogia⁽²⁵⁾.

Seguendo tale impostazione, l'indirizzo in commento giunge alla conclusione che per colmare le lacune dell'ordinamento, è necessario avere riguardo in prima battuta alle norme interne che regolamentano fattispecie analoghe, ed, in via sussidiaria, qualora la lacuna⁽²⁶⁾ permanga, alle disposizioni ed alle materie analoghe di un altro ordinamento.

L'applicazione della *lex alieni loci* costituisce pertanto una forma particolare di analogia, che, sul piano etimologico, richiama il concetto di accertamento del diritto straniero inteso come verifica della comparabilità e trasposizione di una soluzione nell'ordinamento nazionale.

Seguendo tale impostazione⁽²⁷⁾, quindi, il ricorso al diritto straniero assumerebbe in definitiva un rilievo prioritario rispetto ai principi generali i quali non rivestirebbero il ruolo di fonte di chiusura dell'ordinamento interno, ma troverebbero applicazione, quale *extrema ratio*, allorquando sia fallito anche il ricorso al diritto straniero.

(23) Si veda ancora RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 9, secondo il quale questa linea di tendenza evidenzia come il diritto privato denoti una chiara vocazione extrastatuale ed abbia origini e fonti che precedono lo Stato, in guisa che si è evoluto, nel nostro ed in altri ordinamenti, quale portatore di necessità e regole che travalicano gli stretti confini dei diritti positivi nazionali.

(24) Come osserva SOMMA, *op. cit.*, p. 30, tale soluzione riecheggia quanto affermato dal codice civile svizzero al §1 in forza del quale «*Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e in difetto di questa secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*». Rileva tuttavia RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 10, che la verifica concreta dell'esperienza della Confederazione elvetica rivela una scarsa applicazione nella prassi giudiziale dell'originale previsione del giudice - legislatore.

(25) Tale assenza non sarebbe casuale atteso che l'indagine storica sui precedenti storici dell'art. 12 d. prel. c.c. testimonia la pratica del ricorso alla *lex alieni loci* in sede analogica. Sul punto, MONATERI, SOMMA, in *Alien in Rome, L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, c. 49.

(26) Quest'ultima investe non una singola legislazione di settore, ma l'ordinamento nel suo complesso.

(27) Sul punto, MONATERI, SOMMA, *loc. ult. cit.*

Altra parte della dottrina, infine, si colloca in una posizione intermedia riconoscendo per un verso la validità del metodo storico, atteso che non è possibile conoscere il significato sociale di una norma se non riportandola al suo tempo ed esaminandola alla stregua delle esigenze economiche politiche e morali di quella età. Per altro verso evidenzia la circostanza che parte dei principi contenuti nei nostri codici traggono origine da leggi straniere⁽²⁸⁾ (segnatamente dalla legge francese belga e tedesca).

4. (Segue) Casistica delle decisioni emanate in ambito civilistico

Giungendo all'analisi casistica delle decisioni emanate dalla giurisprudenza italiana, giova evidenziare preliminarmente che il rilievo della comparazione giuridica nelle pronunce dei nostri giudici, quantunque, come è stato opportunamente rilevato in dottrina, denoti nuovi fermenti e maggiore vivacità rispetto al passato⁽²⁹⁾, si presenta ancora condizionato da un substrato culturale connotato sorta di «*horror alieni iuris*»⁽³⁰⁾.

Tale diffidenza parrebbe trovare spiegazione, secondo parte della dottrina⁽³¹⁾, oltre, ovviamente, nelle già menzionate strettoie di ordine formale che connotano il sistema delle fonti nazionali, in una cronica disattenzione dei magistrati e degli avvocati italiani a quanto avviene all'estero, nonché nella consapevolezza che un'argomentazione fondata sul diritto interno riveste maggior forza di un'argomentazione fondata sul diritto straniero.

Tanto premesso, elaborando una classificazione convenzionale delle decisioni dei nostri giudici, basata sul differente approccio al metodo comparatistico, deve rinvenirsi preliminarmente una consistente serie di pronunce in cui l'uso di modelli normativi extrastatali si presenta, secondo una definizione invalsa in dottrina, superfluo o esornativo⁽³²⁾. In

⁽²⁸⁾ Sul punto, D'AMELIO, *Disposizioni sull'applicazione della legge in generale*, in *Codice civile. Commentario*, I, Firenze, 1940, I, p. 24.

⁽²⁹⁾ In tal senso, ALPA, *op. cit.*, p. 38, il quale evidenzia il progressivo aumento del numero delle sentenze che contengono anche fugaci riferimenti a casi stranieri, sebbene insufficiente rispetto all'imponente uso della comparazione giuridica operato dai giudici tedeschi ed al diffuso impiego della comparazione posto in essere dai giudici inglesi (in particolare dalla *House of Lords*).

⁽³⁰⁾ Sul punto, SOMMA, *op. cit.*, p. 16.

⁽³¹⁾ In tal senso, SOMMA, *op. cit.*, p. 64 ss.

⁽³²⁾ In tal senso, SOMMA, *ibidem*; SMORTO, *Diritti nazionali e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 228.

tale ottica, quindi, si risolve in un mero sfoggio di erudizione, connotato da riferimenti terminologici al diritto straniero che non incidono sulla *ratio decidendi*.

Tale approccio emerge, ad esempio, in una nota decisione emanata dai giudici di legittimità in tema di responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi.

In quella occasione il Supremo Collegio⁽³³⁾ osservava che per il corretto svolgimento dei rapporti contrattuali era necessario che il compratore potesse fare affidamento con ragionevole certezza sulla diligenza ed onestà del venditore, ovvero che quest'ultimo avesse scelto la sua merce con competenza professionale, avesse accertato quantomeno l'inesistenza di gravi difetti ed avesse «*acquistato il prodotto giusto da un "buon fabbricante", secondo l'efficace espressione che si legge in una nota decisione dell'alta corte di giustizia britannica (Caso Grant/Australian Knitting Mills Ld) relativa alla vendita di maglie di lana che provocano allergia se indossate sulla pelle nuda*».

Parimenti tale impostazione è evincibile in un'altra pronuncia del Supremo Collegio, emanata in tema di responsabilità extracontrattuale per i danni subiti dai familiari della vittima di un fatto illecito.

Il Supremo Collegio⁽³⁴⁾ evidenzia, in un passaggio della motivazione, che poteva «*oramai ritenersi acquisito, dalla coscienza sociale e dalla esperienza giurisprudenziale, il dato della ammissibilità sulla base del disposto dell'art. 1223 c.c. richiamato dall'art. 2056 della risarcibilità della lesione dei c.d. diritti riflessi (o di rimbalzo secondo l'incisivo appellativo utilizzato dalla dottrina francese) di cui siano portatori soggetti diversi dalla vittima iniziale del fatto ingiusto altrui*».

È di palmare evidenza che nelle fattispecie in commento il riferimento al diritto straniero contenuto nella motivazione è pleonastico, non rispondendo ad alcuna necessità di colmare le lacune dell'ordinamento.

(33) Cass. 3 agosto 1991, n. 9277, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 449. La pronuncia affronta il tema della responsabilità ex art. 1494 c.c. del fornitore di prodotti chiusi e sigillati (si trattava di un caso di fornitura difettosa di mangime non adatto all'alimentazione dei vitelli) che abbia omesso di operare gli opportuni controlli a campione o periodici in adempimento degli obblighi di cui agli artt. 1476 n. 3 e 1490 c.c.

(34) Cass., 7 gennaio 1991 n. 60.; *Giust. civ.* 1991, I, p. 3019; *Arch. giur. circol. e sin.*, 1991, p. 302, *Foro it.*, 1991, I, c. 459. Il Supremo Collegio afferma il principio in forza del quale i danni indiretti subiti dai familiari della vittima, essendo un riflesso dei danni cagionati a quest'ultima, possono essere risarciti unicamente se si presentano collegati con l'evento lesivo secondo una serie ordinata di cause ed effetti ed un nesso causale lineare e diretto. Nel caso di specie veniva negato al marito il risarcimento del danno conseguente al volontario pensionamento anticipato, richiesto per poter assistere la moglie che aveva riportato lesioni in un incidente automobilistico.

La decisione è infatti incardinata sull'applicazione delle norme di diritto interno⁽³⁵⁾.

Maggiore interesse destano, invece, quelle pronunce che, secondo una classificazione oramai invalsa in dottrina adoperano un uso c.d. risolutivo⁽³⁶⁾ del metodo comparatistico servendosi dell'individuazione del modello straniero per la corretta soluzione del caso concreto. In tale ottica in talune occasioni pongono in essere un utilizzo costruttivo ed in altre distruttivo⁽³⁷⁾ del metodo comparatistico, perseguendo rispettivamente finalità di evoluzione ovvero di conservazione del nostro ordinamento.

Le decisioni che fanno un uso costruttivo, ovvero, secondo altra definizione, dialettico o problematico⁽³⁸⁾ del metodo comparatistico, perseguono con diverse sfumature lo scopo di fornire all'interprete paradigmi di ragionamento giuridico, consentendogli di formulare argomenti di tipo empirico circa le conseguenze di una data soluzione. Ciò al fine di sostenere soluzioni interpretative che si pongono in contrasto con il tenore letterale di norme giuridiche ovvero con schemi invalsi in dottrina o nella prassi applicativa⁽³⁹⁾.

Questo modulo di approccio alla comparazione si evidenzia, in particolare, nel settore della responsabilità extracontrattuale che, secondo la *communis opinio* si presta più di altri settori dell'ordinamento privatistico ad uno scambio di esperienze⁽⁴⁰⁾. In tale ambito, infatti, la

⁽³⁵⁾ Non è tuttavia mancato in dottrina chi ha evidenziato la portata significativa del riferimento alla terminologia francese ai *dommages par ricochet*, atteso che fino al quel momento era stato prevalente il riferimento alla terminologia di derivazione tedesca, anche per l'estrema analiticità con cui era trattata la tematica dei danni indiretti in quell'ordinamento. In tal senso, TEDESCHI GARDELLA, in *Assistere la moglie, meglio pagare l'infermiera (nesso causale e danno mediato del marito)*, in *Giur. it.*, 1991, c. 1193.

⁽³⁶⁾ In tal senso, ALPA, *op. cit.*, p. 42. L'Autore identifica altresì un gruppo di decisioni connotate da un uso erroneo della comparazione giuridica. Si tratta, più precisamente, di quelle decisioni che adoperano impropriamente istituti e modelli stranieri sulla base di un equivoco, c.d. *misunderstanding*, che, tuttavia, non incide sulla *ratio decidendi* della pronuncia in guisa che, anche se fosse stato evitato, la decisione del caso sarebbe stata la medesima. A titolo esemplificativo l'autore menziona il fraintendimento del termine inglese *good faith*, al quale i giudici italiani attribuiscono impropriamente il significato di buona fede e correttezza proprie della nostra tradizione giuridica.

⁽³⁷⁾ In tal senso, SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, in *Il giudice e l'utilizzo delle sentenze straniere* a cura di Alpa, *cit.*, p. 103. L'Autore designa con tali criteri classificatori le contrapposte tendenze giurisprudenziali ad adoperare la comparazione giuridica in chiave di volta in volta conservativa ovvero evolutiva dell'ordinamento.

⁽³⁸⁾ In tal senso, SMORTO, *loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ In tal senso, SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 102.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 10, il quale osserva che nei settori della respon-

giurisprudenza ha avviato un processo di armonizzazione spontanea del diritto europeo, elaborando soluzioni interpretative c.d. solidaristiche indirizzate alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo di rilievo costituzionale. Il tutto travalicando quel processo di armonizzazione di matrice liberista⁽⁴¹⁾ incentivato dalle istituzioni comunitarie nell'ambito dei diritti patrimoniali⁽⁴²⁾.

Giova tuttavia evidenziare che nei settori c.d. tecnici della responsabilità civile è emerso un atteggiamento di maggiore prudenza evincibile da un utilizzo surrettizio del metodo comparatistico, mediato da un rinvio formale ai contributi della dottrina nazionale. Il tutto favorendo, comunque, l'evoluzione dell'ordinamento interno tramite un uso extrastatuale della comparazione.

Si ponga mente, ad esempio, ad una pronuncia emanata dal Supremo Collegio⁽⁴³⁾ in tema di danni cagionati da cose in custodia ex art. 2051

sabilità aquiliana, della responsabilità professionale ed, in particolare, della responsabilità medica, non soltanto è possibile scoprire analogie di proposta, ma anche affinità ed identità di soluzioni. Parimenti lo stesso fenomeno si registra allorché ci si muove nell'area del contratto, esaminando, in particolare, i temi della buona fede, della rimozione e della attenuazione delle disuguaglianze, nonché la c.d. giustizia contrattuale.

(41) Sul punto, SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 44.

(42) Come è noto, è stato riscontrato in dottrina l'avvio di un processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, consistente in un recupero della c.d. prassi applicativa transnazionale che non sarebbe, quindi, un mero retaggio del passato, ma un fenomeno *in itinere* del nostro tempo. In tale ottica è stata propugnata in dottrina, muovendo dal ruolo che le giurisdizioni statali dovrebbero svolgere nell'alveo del procedimento di unificazione, l'introduzione di una specifica disposizione che sancisca il dovere del giudice di considerare la giurisprudenza degli altri paesi dell'Unione europea. Il tutto andando così oltre le disposizioni contenute nei vari testi uniformi che, in termini più o meno decisi, richiamano l'attenzione dell'interprete sull'uniformità interpretativa ed applicativa quale finalità da perseguire. Sul punto RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 727. In giurisprudenza si veda C. Cost., 22 novembre 2002, n. 469 in *Foro it.*, 2003, c. 331. Il Supremo Collegio nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis* c.c., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, osserva in un passaggio della motivazione che «*di particolare rilievo ai fini della armonizzazione delle legislazioni è anzitutto il dato che nella normativa di numerosi paesi membri dell'Unione europea la definizione di consumatore è ristretta alle sole persone fisiche che agiscono per scopi non professionali; la medesima definizione ricorre anche nel progetto di codice civile europeo, in fase di elaborazione, nel quale è rigorosamente definito consumatore colui che agisce al di fuori della attività economica. La predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuati in base a modelli di tutela uniformi, consente una semplificazione dei rapporti giuridici tra i cittadini dei diversi paesi aderenti all'Unione europea e costituisce di per se sola un'ideale ragione di politica legislativa a sostegno della scelta di restringere la nozione di consumatore, effettuata dal legislatore con l'attuazione della direttiva comunitaria 93/13*».

(43) Cass., 20 maggio 1998, n. 5031, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2501.

c.c., che, superando l'orientamento giurisprudenziale vigente fino a quel momento, ha ascritto la fattispecie nel *genus* della c.d. responsabilità oggettiva.

In un passaggio della motivazione emerge, in particolare, che «*seguendo l'orientamento della giurisprudenza francese*», il Supremo Collegio ha mutuato il concetto di «*presunzione di responsabilità e non di presunzione di colpa*»⁽⁴⁴⁾, in forza del quale la disciplina del danno cagionato da cose in custodia non trova applicazione «*qualora sia fornita la prova del ruolo meramente passivo della cosa*».

Del pari è opportuno menzionare una nota pronuncia di legittimità⁽⁴⁵⁾ che ha ricostruito il rapporto intercorrente tra il medico, dipendente di una struttura sanitaria ed il paziente quale rapporto contrattuale di fatto, ovvero da c.d. contatto sociale, applicandovi la disciplina contrattuale.

In quell'occasione il Supremo Collegio aderiva per un verso all'orientamento dottrinale di diritto interno che inquadrava la fattispecie *de qua* nel *genus* delle c.d. «*obbligazioni senza prestazione ai confini tra contratto e torto*»⁽⁴⁶⁾.

Per altro verso supportava la propria motivazione con un esplicito riferimento «*a quei rapporti che secondo la previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale talvolta grazie al semplice contatto sociale secondo l'espressione che risale agli scrittori tedeschi*»⁽⁴⁷⁾.

A questo punto vale la pena di osservare che la giurisprudenza adopera il metodo comparatistico con maggiore audacia, elevandolo a passaggio fondamentale della motivazione, allorquando vengono in rilievo questioni etiche⁽⁴⁸⁾ che, per loro stessa natura, sono permeate da esi-

⁽⁴⁴⁾ Il Supremo Collegio afferma, quindi, di avere mutuato la terminologia dalla giurisprudenza francese formatasi sull'art. 1384 code nap.

⁽⁴⁵⁾ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p.441 ss., con nota di DI MAJO.

⁽⁴⁶⁾ Si veda CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, XXVIII, Milano, 1995, p. 147, 240 ora in *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, Milano 1997, p. 177 ss. Seguendo tale impostazione il Supremo Collegio osserva che l'art. 1173 c. c., annoverando tra le fonti delle obbligazioni il contratto, il fatto illecito ed ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico, consente di introdurre fattispecie che travalicano le singole proposizioni legislative. Sul punto si veda CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁽⁴⁷⁾ La teoria è stata formulata da LARENZ, in *Lehrbuch des Schuldrechts*. Seguendo tale indirizzo nell'alveo del rapporto obbligatorio accanto agli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*) si collocano anche gli obblighi di comportamento (*Vehrhaltens - pflichten*) non finalizzati almeno direttamente alla prestazione.

⁽⁴⁸⁾ In tale senso su tutti SMORTO, *op. cit.*, p. 226, il quale a sostegno del proprio assunto

genze solidaristiche di tutela dell'individuo. Tale rilievo trova peraltro conferma anche quando la giurisprudenza pone in essere un uso della comparazione c.d. distruttivo, diretto a sostenere schemi di ragionamento in un'ottica di conservazione del nostro ordinamento.

Si ponga mente, ad esempio, ad una nota decisione di merito emanata in tema di contratto oneroso atipico c.d. di affitto dell'utero, ad esito di un giudizio introdotto con una domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegna del neonato, esperita dai committenti nei confronti della madre c.d. portante. In tale occasione il Tribunale di merito rigettava la domanda, muovendo da alcune considerazioni dedicate alle soluzioni accolte nelle esperienze di *common law*⁽⁴⁹⁾.

Parimenti la giurisprudenza ha adoperato manifestamente l'approccio comparatistico, questa volta in chiave evolutiva dell'ordinamento, in una recente decisione emanata nel 2009⁽⁵⁰⁾ dalla Corte di Cassazione che affronta *ex professo* la questione della capacità giuridica del nascituro.

In tale occasione i giudici di legittimità hanno rilevato che il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale ha determinato l'avvio di un processo di c.d. depatrimonializzazione e decodificazione del diritto privato, là dove il processo di decodificazione ha segnato il venir meno di una previsione di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo⁽⁵¹⁾.

menziona oltre a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ. Mass.* 2007, p. 10 (sul c. d. "caso Englaro") anche C. Cost., 24. maggio 1985, n. 161, in *Foro it.* 1985, c. 2162 (sullo stato civile del transessuale) e Cass., 29 luglio 2004, n. 14488 in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, p. 121 con nota di Giacobbe; *Giust. civ.* 2005, 10, 2403 con nota di Famularo, sull'omessa diagnosi medica delle malformazioni del nascituro.

⁽⁴⁹⁾ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 296 ss., sulla liceità dei contratti di gestazione per conto altrui. Le conclusioni del giudice di merito sono precedute da alcune considerazioni sull'esperienza della legislazione inglese «che vieta e punisce penalmente (*on a commercial basis*) lo sfruttamento a fini di lucro della pratica c.d. surrogatoria, mentre tollera come non illegale (*is it not a contravention*) qualunque attività posta in essere anche dietro corrispettivo, dagli stessi diretti interessati in vista di un accordo di surrogazione».

Parimenti, osserva il giudicante, nell'esperienza giuridica statunitense si segnalava un orientamento giurisprudenziale che, pur oscillando in ordine alla validità di tali schemi negoziali, perveniva alla conclusione di affidare la neonata al padre biologico ed alla moglie di quest'ultimo, muovendo dall'interesse del nascituro ad entrare a far parte di una famiglia che potesse assicurarli il maggior benessere.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741. *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, 2063, con nota di Gorgoni; *Giust. civ. Mass.* 2009, 5, 748, *Guida dir.*, 2009, n. 31, p. 49, con nota di Castro. Il Supremo Collegio era stato investito della questione relativa alla sussistenza della capacità giuridica del nascituro, presupposto necessario per configurare direttamente nei suoi confronti un'obbligazione risarcitoria in capo al sanitario inadempiente agli obblighi di informazione sugli effetti collaterali di una terapia farmacologia somministrata alla gestante.

⁽⁵¹⁾ Contestualmente al subentro di nuove fonti quali primi tra tutti i principi costituzio-

Quello di depatrimonializzazione, invece, ha determinato l'acquisto di una posizione di centralità dell'individuo, titolare *uti singulo* e nelle formazioni sociali in cui esplica la sua identità non soltanto di interessi patrimoniali ma anche di interessi personali (artt. 2 e 32 cost.).

È opportuno rilevare che in un passaggio fondamentale della motivazione il Supremo Collegio opera un confronto del nostro ordinamento con i sistemi c.d. aperti di *common law* che, come è noto, sono incardinati sul rilievo baricentrico del precedente giurisprudenziale e dei principi generali.

Sulla base di tali premesse, il Supremo Collegio perviene alla conclusione che il nostro è un sistema semi aperto non fondato «*solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi*».

In tal modo, secondo il Supremo Collegio, «*con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata*».

L'indirizzo espresso da ultimo dal Supremo Collegio trova adesione in questa sede, poiché rinviene un punto di equilibrio tra un uso giurisprudenziale della comparazione eccessivamente elastico, che aprirebbe potenzialmente la strada a soluzioni interpretative arbitrarie ed incontrollate ed un uso eccessivamente rigido, appiattito su un rigido positivismo giuridico.

Abstract

Use case law of comparative law in civil context.

This paper contains a general examination of methodological approaches to comparative law followed in civil case law. The phenomenon has in fact become of encreasing relevance with the globalization has resulted in a increase in legal systems that come in contact with our legal system.

In this light is conducted here a preliminary analysis of the formal strictures contained in our positive order, justifying in part of our jurisprudence recalcitrant attitude towards use of foreign law in their decisions.

The subsequent case study analysis of the decisions have been two main trends, one of the necessary application, when the case informed the judge has given to foreign elements and an optional application, in all other cases. Amongst these, some pronunciations usings marginally foreign law as a mere "frills" of the decisions, whereas others, notably in the field of fundamental rights and non contractual liability for damage, more or less surreptitiously raise the foreign law in transition critical of the decision.

Bibliografia

- ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere in Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, p. 41ss.
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, XXVIII, Milano, 1995, p. 147 ss., ora in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 ss.
- D'AMELIO, *Disposizioni sull'applicazione della legge in generale*, in *Codice civile. Commentario*, I, Firenze, 1940, p. 24.
- GAMBARO, MONATERI, SACCO, *Comparazione giuridica*, (voce) in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, p. 48 ss.
- MICALI, *Il diritto romano nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Giur it*, 1993, IV, c. 489 ss.
- MONATERI, SOMMA, *Alien in Rome L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 49 ss.
- RESCIGNO P., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in *Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, diretto da Alpa, Milano, 2006, p. 6 ss.
- RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 727 ss.
- SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, I, Torino, 1992, p.12 ss.
- SMORTO, *Diritti nazionali e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1, Milano, 2010, p. 28 ss.

SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, diretto da Visintini, Milano, 2001, p. 12 ss.

SOMMA, *Le corti italiane e l'uso complementare dei modelli normativi extraterritoriali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario*, in *Uso complementare della comparazione*, Milano, 2004, p. 32 ss.

TEDESCHI GARDELLA, *Assistere la moglie, meglio pagare l'infermiera (nesso causale e danno mediato del marito)*, in *Giur. it.*, 1991, c. 1193.

VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004.