

# SOMMARIO

## CAPITOLO PRIMO

### ORIGINI E PREMESSE METODOLOGICHE SULL'USO INTERPRETATIVO DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA

1. L'interpretazione quale operazione culturale complessa volta ad individuare la regola del caso attuando una osmosi tra il *corpus iuris* e la mutevole realtà. L'esigenza di rintracciare un approccio ultranazionale per la compiuta attuazione del profilo assiologico dell'interpretazione. Brevi cenni alle origini della comparazione giuridica, nonché alle alterne vicende storiche del fenomeno dall'epoca dei Grandi Tribunali al giuspositivismo. 12
2. L'abbandono delle tradizionali tecniche ermeneutiche fondate sulla concezione del giudice quale *bouche de la loi* e responsabilizzazione dell'interprete nell'attuazione della legge. La *Libre recherche scientifique* che, muovendo dalla lacunosità del diritto, riconosce al dato extra-statuale un rilievo ancillare nell'individuazione della regola della fattispecie concreta. 19
3. Il passaggio da strumento conoscitivo a scienza autonoma: l'emancipazione della comparazione dalla storiografia e dalla sociologia e sua funzione innovatrice allorché i concetti giuridici tradizionali non siano da soli sufficienti a rispondere adeguatamente alle istanze della realtà. Estensione della valutazione comparativa anche alla dottrina straniera. 22
4. L'apertura al dato straniero favorita dall'adesione ai trattati internazionali e sovranazionali. Riflessioni della dottrina italiana sulla funzione ermeneutica della comparazione. Dato straniero e lacune ordinamentali: il rifiuto della nazionalizzazione delle risultanze comparatistiche in favore della loro armonizzazione con l'ordinamento interno mediante giudizi di valore. 25
5. La teoria che, aderendo al rifiuto del dogma della esclusività del diritto statale, riconosce nella comparazione giuridica un metodo attraverso il quale cogliere la reale portata del problema. 32
6. L'inquadramento di una problematica richiede lo studio delle soluzioni e delle risposte che questioni analoghe hanno ricevuto in un altro luogo e in un altro tempo: l'argomentazione comparativa sincronica e diacronica. Il ruolo decisivo della cultura del giurista. Precisazioni in ordine alla comparazione diacronica: il presente non può comprendersi se non anche al lume del passato. 35
7. La disputa sull'inquadramento della comparazione giuridica: scienza o metodo. Ricostruzione degli orientamenti dottrinali. La tesi del «quinto canone interpretativo» e identificazione della *Rechtsvergleichung* quale strumento capace di ampliare le op-

- zioni argomentative del giudice ai fini di una decisione orientata ai valori. 39
8. Riflessioni intorno all'effettiva portata dell'*argumentum* comparativo nell'interpretazione. Il fondamento dell'uso di soluzioni giuridiche straniere a fini interpretativi rinvenibile nella necessità di esortare una determinata attuazione di valori. Possibilità di richiamare esperienze provenienti da ordinamenti vicini ovvero lontani nei valori di fondo, non essendo la *Rechtsvergleichung* fonte del diritto. Il giudizio di comparabilità tra il bilanciamento che si intende sostenere e la soluzione straniera richiamata ad *adiuvandum*. La comparazione giuridica quale strumento di conoscenza capace di offrire spunti di riflessione per una migliore comprensione dei fenomeni giuridici interni, nonché dei loro potenziali sviluppi. 46
9. La teorica dell'uso normativo del diritto straniero fondata sul criterio analogico sancito dall'art. 12 delle preleggi: rilievi critici. Rifiuto dell'uso normativo finalizzato a colmare lacune ordinamentali invero inesistenti, grazie all'unitarietà dell'ordinamento garantita dai principi costituzionali. 51
10. Il limite di ordine pubblico nell'uso interpretativo del diritto straniero quale garanzia della soluzione più congrua alla scelta di valore che deve essere attuata. Evoluzione della nozione di ordine pubblico dalla tradizionale duplice accezione (interna e internazionale) a concetto unitario, inteso come insieme dei valori essenziali dell'ordinamento integrati da principi internazionalmente condivisi. 60
- 10.1. *Segue*. Non vincolatività del limite di ordine pubblico. Necessità per il diritto straniero richiamato nell'argomentazione comparativa di risultare conforme all'ordine pubblico nella misura in cui si voglia sollecitare un bilanciamento dei valori simile a quello attuato dalla soluzione straniera invocata. L'esperienza straniera quale volano utile a stimolare lo sviluppo dell'ordinamento. Esempificazioni di argomentazioni comparative virtuose. 67

## CAPITOLO SECONDO

### L'USO ARGOMENTATIVO DEL DIRITTO STRANIERO NELLA GIURISPRUDENZA

1. Le difficoltà connesse ad un'indagine di tipo giurisprudenziale, in ragione dei molteplici riferimenti indiretti alle esperienze straniere. Declinazioni ermeneutiche della comparazione giuridica: l'utilizzo normativo, risolutivo ovvero esornativo del diritto straniero. 76

2. L'uso dell'argomentazione comparativa nella giurisprudenza costituzionale. Comparazione diacronica quale *argumentum* decisivo nell'economia della decisione: casistica. Le sentenze sul divieto di liberalità tra coniugi e sulla successione del coniuge binubo, ove la ricostruzione storica degli istituti ha condotto alla definizione delle controversie. La sentenza sull'estensione ai parlamentari europei delle immunità costituzionalmente previste: la condizione di reciprocità e l'esperienza francese al vaglio della Consulta. 83
- 2.1. Sostanziale irrilevanza della comparazione ai fini della decisione: il richiamo dell'esperienza straniera, lungi dal realizzare una compiuta analisi del dato estero, si traduce nella mera citazione degli estremi identificativi del caso straniero; riferimenti che 'colorano', ma non sorreggono in alcun modo, l'impianto decisionale. I riferimenti generici citati *ad abundantiam*: fattispecie esemplificative. 89
- 2.2. L'argomentazione comparativa finalizzata a sollecitare l'intervento del legislatore. L'uso del dato straniero per evidenziare le difficoltà applicative della disciplina interna a fronte delle più evolute regolamentazioni estere. 96
3. La comparazione nella giurisprudenza di legittimità: l'uso del diritto straniero in senso dialettico, con la finalità di promuovere l'evoluzione ovvero la conservazione della disciplina interna. L'ispirazione francese nella pronuncia in tema di presunzione di responsabilità per danno da cose in custodia. L'argomentazione comparativa 'commisurata' agli interessi concretamente coinvolti: la decisione in tema di responsabilità del medico per danni provocati al nascituro a séguito dell'inadempimento dei doveri informativi. Cenni all'argomentazione comparativa con funzione esortativa. 98
4. L'uso del diritto straniero nella giurisprudenza amministrativa: l'ispirazione al modello francese per la nozione di eccesso di potere, la chiusura 'nazionalista' fondata sul dogma della sovranità statale e la recente, sia pur prudente, attenzione alle risultanze straniere. La pronuncia sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e la "teoria dei tre gradini" di matrice tedesca. I concetti giuridici indeterminati. Ipotesi in cui il diritto straniero è impiegato per sottolineare le peculiarità dell'ordinamento interno: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche. 105
- 4.1. *Segue*. L'argomentazione comparativa nelle decisioni in materia di concorrenza e di tutela dell'ambiente. In particolare, il riferimento alla nozione statunitense di "*rule of reason*". 114
5. La dimensione dell'argomento comparativo nell'attuazione del prin-

- cipio del consenso informato ai trattamenti medici da parte di soggetti incapaci: la sentenza Englaro e i richiami comparatistici funzionali a rafforzare la tenuta dell'impianto decisionale. 117
6. L'argomentazione comparativa nella tutela del diritto d'autore in internet: l'ispirazione americana della disciplina europea sul commercio elettronico. Cenni sulla responsabilità degli *Internet service providers* nella circolazione di contenuti protetti. 129
7. Il diritto dell'adottato di conoscere le origini e la funzione veicolare di soluzioni straniere svolta dalla giurisprudenza di Strasburgo. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo nel delicato bilanciamento tra l'interesse del figlio di sapere e quello della madre di rimanere anonima. La necessità di un intervento legislativo sulla scorta dell'esperienza francese veicolata dalla Corte europea. La pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale e le attuazioni dei giudici di merito. 134
8. Cenni all'uso della comparazione giuridica nell'ordinamento francese: lo stato dell'arte e le ragioni storiche e culturali di un (apparente) isolamento. 145

## CAPITOLO TERZO

## PROFILI APPLICATIVI DI DIRITTO CIVILE

1. I limiti connessi all'uso interpretativo della comparazione: tesi contrarie all'impiego di siffatto strumento in ragione delle differenze culturali relative ai contesti di provenienza delle soluzioni, nonché del pericolo del c.d. *cherry-picking* nell'individuazione del dato straniero da richiamare. Superamento delle riserve alla luce della portata meramente argomentativa che il diritto straniero assume nel procedimento ermeneutico. 159
2. L'argomentazione comparativa a sostegno dell'ammissibilità della disposizione testamentaria di arbitrato: disamina delle teorie che ne affermano l'inconciliabilità con l'atto *mortis causa*. Rilievi critici in ordine alla tesi che qualifica la disposizione arbitrale testamentaria quale "peso" gravante sui legittimari, nonché alle tesi che negano l'ammissibilità della disposizione a condizione che riguardi la quota disponibile e comprometta in arbitrato rituale. Il *favor* del legislatore europeo e i vantaggi connessi al deferimento ad arbitri delle controversie successorie: riservatezza del procedimento, rapidità e garanzia dei principi informatori della giurisdizione ordinaria. 166
3. Brevi cenni e rilievi critici in ordine alle teorie che argomentano

- l'inammissibilità dell'istituto sulla base del divieto di disporre in favore di persona incerta (art. 628 c.c.) e delle norme che disciplinano la nomina degli arbitri. Esclusione dalla nomina ad arbitri di soggetti in situazioni in conflitto di interessi, sì da assicurare liceità e meritevolezza di tutela della funzione. Debolezza concettuale della tesi che muove dal principio di personalità del testamento per escludere l'ammissibilità della disposizione arbitrale. 179
4. Il dibattito dottrinale intorno alla qualificazione della disposizione arbitrale testamentaria: suo superamento mediante un'interpretazione che ne ammette la qualificabilità in termini di legato di contratto, *modus*, penale o condizione risolutiva in ragione delle peculiarità della fattispecie concreta. 183
- 4.1. Il caso della disposizione testamentaria di arbitrato vincolante solamente per taluni successori: possibile superamento del paradosso di affidare l'adempimento della condizione arbitrale alla volontà del successore non vincolato mediante la finzione di avveramento della condizione, ai sensi dell'art. 1359 c.c. 187
5. Tipicità del testamento e atipicità della disposizione: rilievi critici in ordine al preteso carattere patrimoniale della disposizione testamentaria. 190
6. Argomenti comparatistici. L'ordinamento statunitense e la generale compromettibilità in arbitri delle liti successorie. La disposizione testamentaria di arbitrato tra l'esigenza di attuazione della volontà del *de cuius* e la necessità di contrastare i pericoli di conflitto di interessi in capo all'arbitro, mediante la previsione di un sistema di responsabilità personale e patrimoniale in capo a quest'ultimo. 193
- 6.1. Le esperienze tedesca e spagnola. La generale fiducia del diritto tedesco verso la giurisdizione arbitrale. Posizioni dottrinali sulla ammissibilità della disposizione testamentaria di arbitrato in ragione della natura dei diritti dei legittimari quali «diritti minimi» suscettibili di tutela dinanzi a una giurisdizione arbitrale. L'esempio spagnolo: la legge n. 60/2003 che autorizza il testatore a disporre la risoluzione arbitrale delle controversie tra gli eredi. 196
7. Argomentazione comparativa e procedimento arbitrale. In particolare, la teoria tradizionale che vincola l'arbitrabilità delle controversie alla disponibilità dei diritti in base all'interpretazione letterale dell'art. 806 c.p.c. Ricostruzione della questione e possibile superamento mediante una interpretazione assiologicamente e teleologicamente orientata: il limite dell'arbitrabilità è rappresentato non dall'indisponibilità del diritto, bensì dall'indisponibilità della lite. 200

- 7.1. *Segue*. L'argomentazione comparativa a sostegno del superamento del binomio arbitrabilità delle liti/disponibilità dei diritti. L'ordinamento statunitense e il ruolo decisivo della giurisprudenza nella definizione delle materie compromettibili. La generale arbitrabilità delle controversie ancorata alla concezione della compromettibilità quale diritto assoluto dell'individuo: la possibilità di compromettere in arbitri le controversie in materia di diritto di famiglia. In particolare, l'assegno di mantenimento e l'affidamento dei figli. 204
- 7.2. Spunti evolutivi provenienti dai sistemi di *civil law*. Il sistema spagnolo tra l'adozione di una nozione aperta di disponibilità e l'approdo antiformalista di ammettere la validità della convenzione arbitrale contenuta in un documento elettronico od ottico. L'arbitrabilità nell'esperienza tedesca: la compromettibilità delle sole controversie a contenuto patrimoniale. La Francia quale Paese «*arbitration friendly*». Considerazioni conclusive. 208
8. L'argomentazione comparativa nel dibattito sulla sorte degli embrioni sovranumerari. Inquadramento normativo e giurisprudenziale della questione. La necessità di affrontare preliminarmente il tema dello statuto giuridico dell'embrione, in quanto prodromico alla trattazione del problema del destino degli embrioni residui. 213
9. La mancanza di una definizione giuridica di embrione e il dibattito dottrinale e giurisprudenziale anche in relazione al momento di inizio della vita. 216
10. Le norme sulla sorte del futuro essere umano: la legge n. 194 del 1978 e la legge n. 40 del 2004 a confronto. Il diritto alla vita del concepito nelle fonti internazionali. La legge sulla procreazione medicalmente assistita quale mancata occasione per l'adozione di una nozione di embrione. 220
11. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di tutela del nascituro: gli interventi censori determinati dall'assenza di una compiuta tutela dell'embrione nel primo stadio dello sviluppo. 225
12. La giurisprudenza sovranazionale: le discrasie tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia desumibili dai noti casi *Evans c. Regno Unito* e *Brüstle v. Greenpeace*. L'emancipazione della Corte di Giustizia dalla sua funzione spiccatamente *market-oriented* grazie alla elaborazione di una nozione di embrione 'adeguata' al valore della dignità umana. Ulteriori precisazioni dei Giudici di Lussemburgo in ordine alla nozione e alla «capacità intrinseca» quale *discrimen* per accordare tutela all'embrione. Prospettive comparatistiche: dalla stringente protezione dell'em-

- brione accordata dall'*Embryonenschutzgesetz* alla identificazione dell'embrione quale «bene giuridico costituzionalmente protetto». 235
13. Il vuoto legislativo sulla sorte degli embrioni in sovrannumero a fronte degli auspici della legge n. 40 del 2004. Possibili soluzioni grazie ad una interpretazione logico-sistematica e teleologico-assiologica. I problemi connessi alla crioconservazione degli embrioni residui, stante l'assenza di riscontri certi circa l'affidabilità del sistema. La soluzione di limitare il numero di ovociti da fecondare prevista dagli ordinamenti tedesco e spagnolo. L'esistenza di un progetto genitoriale alla base della disciplina francese, quale soluzione più adeguata nel prevedere un ventaglio di opzioni decre-scenti, in ragione del bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti. 242
- 13.1. L'esperienza statunitense tra donazione e adozione dell'embrione: dalla concezione reificante dell'embrione, quale agglomerato di cellule, alla nozione volta ad identificarlo come essere umano. Casistica. 249
14. Riflessione sulle risultanze straniere in vista di una soluzione ermeneutica alla questione degli embrioni residui rispettosa dell'ispirazione personalistica dell'ordinamento. 252
15. Ancora sul diritto d'autore nella rete: l'esigenza di individuare nuovi equilibri con la libertà di espressione e il diritto di accesso alla conoscenza nella società digitale. La lacunosità della disciplina positiva nazionale e l'adozione di soluzioni ispirate al modello americano al fine di responsabilizzare l'*Internet service provider* senza pregiudicare il diritto di accesso degli utenti. Riflessioni sulla necessità di superare la tradizionale tutela del *copyright* fondata sullo schema della esclusività del diritto. 259
16. Rilievi conclusivi. 265

## INDICI

- Autori 271
- Giurisprudenza 279