

La comunicazione transgiudiziale e i criteri interpretativi: una comparazione tra il sistema svizzero e quello italiano

di Micol Ferrario

Abstract: Transnational Judicial Communication and Interpretative Criteria: A Comparison between the Swiss and the Italian Legal System – Transnational judicial communication metaphorically refers to the jurisprudential voluntary use of foreign precedents in the adjudication of purely national cases. Different Courts' involvement also depends on the legal context wherein they operate. Based on this premise, this article attempts to explore whether and how the Swiss and the Italian interpretative criteria (respectively enshrined in art. 1 Swiss Civil Code and art. 12 Italian Civil Code' preliminary provisions) impact on the participation of their Courts to this practice. According to this theoretical analysis, the article assumes that partially both interpretative criteria legitimize Swiss and Italian judges to voluntarily refer to foreign precedents. Anyhow, following an empirical analysis of some decisions of the Swiss Federal Tribunal and of the Italian Constitutional Court, the article suggests that, even if apparently endowed with an extensive power, these judges concretely seem not to abuse it. Accordingly, the article finally questions whether all the concerns surrounding this practice might not be a typical case of *much ado about nothing*.

Keywords: Judicial activism; Transnational judicial communication; Interpretative criteria; Judge-interpreter; Judge-legislator.

1. Introduzione

Il XX secolo è stato testimone, tra le altre cose, anche della crisi dell'assetto giuspositivista¹ che tradizionalmente regolava i rapporti tra la legge e il giudice e della conseguente rimodulazione dei poteri in favore di quest'ultimo². Lo spostamento del baricentro della giuridicità dalla *legislatio* alla *iurisdictio* ha quindi cristallizzato il passaggio dalla storica rappresentazione montesquieuiana del giudice *bouche de la loi*³ a quella di

¹ M. Andenas e D. Fairgrieve, *Intent on Making Mischief: Seven Ways of Using Comparative Law*, in P.G. Monateri (cur.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012, 26.

² F. Ost, *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés? / Il ruolo del giudice. Verso delle nuove fedeltà?*, in *Rassegna Forense*, 2013, 673.

³ Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Parigi, 1784.

giudice *law maker*⁴. Il giudice non è pertanto più la *longa manus* del legislatore, sua fedele ancella e mero esecutore della sua volontà, ma anzi ha la tendenza a sostituirsi a quest'ultimo nell'esercizio delle sue funzioni⁵ (tanto da potere ormai mettere in discussione la classica distinzione tra *creazione* e *applicazione* del diritto)⁶.

Questa crisi si manifesta tuttora non soltanto all'interno dei confini statali, ma anche all'esterno⁷. Per quanto attiene alla dimensione interna, una delle espressioni più evidenti del fenomeno di espansione del potere giudiziario è coincisa con la diffusa celebrazione del costituzionalismo e la relativa implementazione dei meccanismi di giustizia costituzionale che riconoscono ai giudici l'autorità di dichiarare le leggi incostituzionali e quindi attribuiscono loro "il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato"⁸. Complice la moltiplicazione degli ordinamenti giuridici⁹, la *montée en puissance*¹⁰ del giudiziario si è poi realizzata anche nella dimensione esterna e sovraordinata rispetto allo Stato attraverso un'intensificazione degli scambi di indirizzi giurisprudenziali¹¹.

Negli ultimi anni è stata così sviluppata una vasta letteratura sul cosiddetto dialogo tra Corti ed anche, più specificamente, sulla cosiddetta comunicazione transgiudiziale, cioè sull'uso volontario o facoltativo da parte delle Corti di precedenti stranieri.

Questo articolo, che si concentra su quest'ultima particolare tipologia di dialogo tra Corti, prende in considerazione i casi studio della Svizzera e dell'Italia e s'interroga sulla portata e sull'influenza che i criteri applicativi, rispettivamente interpretativi, della legge nazionale esercitano sulla partecipazione delle rispettive Corti a questo fenomeno transnazionale. Dopo avere delineato il contenuto e rilevato le criticità principali della comunicazione transgiudiziale (§ 2), il presente contributo si sofferma sui fattori che in generale la favoriscono, avendo particolare riguardo ai fattori interpretativi (§ 3). Di seguito, si analizzeranno il contenuto dell'art. 1 del

⁴ M. La Torre, *Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory*, in L. Pereira Coutinho, D.M. Smith e Id. (cur.), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, 2015, 3.

⁵ Secondo Schlesinger questa non è altro che una forma di *judicial activism*: A. M. Schlesinger, *The Supreme Court: 1947*, in XXXV *Fortune Magazine* 1, 1947, 202 ss.

⁶ A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in *Rivista AIC*, 2016, 7.

⁷ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 187–189.

⁸ R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2004, 7.

⁹ Sull'interazione tra i giudici degli ordinamenti giuridici europei si veda M. Cartabia, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in 5 *European Constitutional Law Review* 1, 2009, 5–31.

¹⁰ Questa espressione è stata originariamente formulata da M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Parigi, 41 ss.

¹¹ G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 9.

Codice civile svizzero (CC)¹² (§ 3.1) e dell'art. 12 Preleggi del Codice civile italiano (disp. prel. cc.)¹³ (§ 3.2), per poi comparali (§ 3.3). Infine, anche attraverso qualche esempio empirico tratto dalla giurisprudenza del Tribunale federale svizzero e della Corte costituzionale italiana, questa analisi fornirà alcune prime conclusioni sulla portata e sull'incidenza dei due sopra menzionati articoli in relazione alla comunicazione transgiudiziale (§ 4).

2. I giudici e il *comparative reasoning*: considerazioni a margine della comunicazione transgiudiziale

La metafora comunicazione transgiudiziale rimanda, in generale, all'uso volontario o facoltativo di precedenti stranieri¹⁴ da parte dei giudici nell'aggiudicazione di casi squisitamente nazionali, ossia di casi che non presentano elementi di internazionalità¹⁵. Concretamente, questa si realizza ogni qualvolta i giudici decidano autonomamente di servirsi, nella loro argomentazione, di una decisione straniera unicamente in forza della sua autorità persuasiva¹⁶, e quindi indipendentemente da qualsivoglia vincolo giuridico nazionale od internazionale che li obblighi in tal senso¹⁷.

Questa pratica, che risale almeno al periodo dello *ius commune*¹⁸, ha invero riscontrato un crescente successo nel corso degli ultimi decenni.

In passato, oltre ad essere principalmente diffuse tra i paesi di *common law*, le interazioni tra giurisprudenze¹⁹ si realizzavano infatti quasi

¹² “¹La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. ²Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. ³Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli”.

¹³ “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.”

¹⁴ T. Groppi e M.C. Ponthoreau (cur.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013. Nondimeno, è bene sottolineare che in dottrina l'oggetto della comunicazione transgiudiziale è tuttora controverso: infatti, se una parte degli autori, ne confina la realizzazione esclusivamente ai casi in cui i giudici citano nelle loro sentenze un precedente giurisprudenziale straniero, un'altra parte estende il fenomeno anche ai casi in cui i giudici si rifanno ad una disposizione normativa o alla dottrina di altri ordinamenti giuridici. Un esempio è costituito dalla recente ricerca curata da G.F. Ferrari (cur.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden – Boston, 2020.

¹⁵ A. Somma, *Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 26.

¹⁶ H.P. Glenn, *Persuasive Authority*, in 32 *McGill Law Journal* 2, 261–298 (1987).

¹⁷ M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013, 33 ss.

¹⁸ G. Gorla, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Il Foro Italiano*, 1973, 89/90–107/108.

¹⁹ J. Allard e L. Van den Eynde, *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments*

unicamente secondo la logica del *receivers – givers*²⁰ in forza della quale soltanto i giudici degli Stati considerati giuridicamente “meno maturi” prelevavano ed utilizzavano unilateralmente nelle loro decisioni le pronunce già formulate negli Stati “più maturi”. Questa si instaurava, ad esempio, tra le Corti degli Stati colonizzati e quelle degli Stati colonizzanti²¹ o, ancora, tra le Corti degli Stati post-sovietici e quelle delle vicine democrazie occidentali²². L'immediata possibilità di distinguere tra Corti influenzate e Corti influenzanti si è progressivamente indebolita a partire dagli anni '90 quando sempre più giudici, provenienti tanto dagli Stati di *common law* quanto di *civil law*, hanno iniziato a formulare le loro decisioni rifacendosi alle soluzioni elaborate dai loro omologhi oltre confine e simultaneamente a vedere le loro stesse sentenze richiamate altrove da qualche altra giurisdizione nel mondo²³. D'altra parte, la stessa proliferazione di organizzazioni sovranazionali ed internazionali provviste del loro apparato giudiziario²⁴ (si pensi, ad esempio, all'Unione europea o, ancora, all'Organizzazione Mondiale del Commercio), nonché l'istituzione di diversi Tribunali (come il Tribunale penale internazionale per il Ruanda) e Corti (come la Corte penale internazionale) internazionali²⁵, ha inevitabilmente iniziato i giudici nazionali anche all'interazione con i loro colleghi regionali ed internazionali. In questo senso, oggi, la comunicazione transgiudiziale non è più pertanto qualificabile come una mera forma di *reception*, bensì di *dialogue* o, meglio, di vera e propria *global conversation*²⁶ interattiva e meno gerarchizzata, che vede quindi sempre più giudici formulare le loro decisioni ricorrendo al crescente “*international marketplace for judgments*”²⁷.

Queste interazioni tra giurisprudenze, che variano enormemente in

entre idéalisation et scepticisme, in Hachez I. et al. (cur.), *Les sources du droit revisitées – Vol. 3*, Bruxelles, 2012, 285–315.

²⁰ C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in 34 *Tulsa Law Journal* 1, 16–17 (1998).

²¹ Si pensi alla persistente influenza esercitata dal Privy Council della Gran Bretagna sugli Stati del Commonwealth anche dopo la fine del legame coloniale. Due esempi indicativi in tal senso sono quello del Canada e della Nuova Zelanda: si vedano, rispettivamente, P. McCormick, *Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations*, in 41 *Ottawa Law Review* 2, in particolare 219–221 (2010) e J. McLean, *From Empire to Globalization: The New Zealand Experience*, in 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, 161–181 (2004).

²² C. Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford, 2003, 48.

²³ S. Berteà e C. Sarra, *Foreign Precedents in Judicial Argument: A Theoretical Account*, in 7 *European Journal of Legal Studies* 2, 133 (2014).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ E. Ferrer Mac-Gregor, *What Do We Mean When We Talk about Judicial Dialogue: Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights*, in 30 *Harvard Human Rights Journal*, 91 (2017).

²⁶ C. Baudenbacher, *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles*, in 38 *Texas International Law Journal* 3, 505 (2003).

²⁷ M. Andenas e D. Fairgrieve, op. cit. (n. 1), 31.

termini di “*form, function and degree of reciprocal engagement*”²⁸, sono per la gran parte implementate nell’interpretazione del diritto costituzionale nazionale²⁹, tanto da parlare anche di *migration of constitutional ideas*³⁰, addirittura della progressiva affermazione di un *transnational constitutional discourse*³¹. È in particolare nella risoluzione di casi che coinvolgono la protezione dei diritti fondamentali che i giudici hanno dimostrato di fare ampiamente ricorso ai precedenti giurisprudenziali stranieri³². Si pensi, per richiamarne alcune fra i più celebri, alla sentenza *Makwanyane*³³ in cui la Corte costituzionale sudafricana ha sancito l’incostituzionalità della pena di morte rifacendosi alla giurisprudenza di diverse Corti nazionali ed internazionali o, ancora, alle sentenze *Lawrence v. Texas*³⁴ e *Roper v. Simmons*³⁵, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha, con lo stesso meccanismo, dichiarato l’incostituzionalità della criminalizzazione delle relazioni omosessuali, rispettivamente della pena di morte per i minori.

Tuttavia, la comunicazione transgiudiziale costituisce un vero e proprio pomo della discordia³⁶: se, da una parte, i sostenitori ne celebrano diffusamente l’idoneità a conseguire decisioni qualitativamente migliori³⁷ e a contribuire alla nascita di una giurisprudenza globale³⁸, dall’altra gli oppositori ne accentuano l’attitudine a ledere alcuni principi fondanti i sistemi giuridici moderni, segnatamente quello della separazione dei poteri³⁹

²⁸ Si veda per tutti A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in 29 *University of Richmond Law Review* 1, 99–137 (1994).

²⁹ C. Zoethout, *On the Different Meanings of ‘Judicial Dialogue’*, in 10 *European Constitutional Law Review* 1, 175 (2014).

³⁰ S. Choudhry, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in Id. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2008, 1.

³¹ C.V. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, in 65 *Montana Law Review*, 15–40 (2004).

³² Fra gli altri, si vedano C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 4, 499 (2000); T. Groppi, *Il dialogo tra corti in materia di antiterrorismo: strategia giurisprudenziale o convergenza culturale?*, in *Politica del diritto*, 2011, 5; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 403.

³³ *The State v. T Makwanyane and M Mchunu*, Case no. CCT3/94.

³⁴ 539 US 558 (2003).

³⁵ 543 US 551 (2005).

³⁶ Invero non solo in dottrina, ma anche tra i giudici stessi: si pensi, ad esempio, alla storica opposizione tra i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti Breyer e Scalia. Per un approfondimento si veda: *A conversation between Justice Antonin Scalia and Stephen Breyer*, in 3 *International Journal of Constitutional Law* 4, 519–542 (2005).

³⁷ G. Halmai, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. Rosenfeld e A. Sajó (cur.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1328–1348.

³⁸ A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004, 65 ss.

³⁹ Si vedano, fra gli altri, M. Tushnet, *Transnational/Domestic Constitutional Law*, in 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* 2, in particolare 255–256 (2003); A. Pin, *The Costs and Consequences of Incorrect Citations: European Law in the U.S. Supreme Court*, in 42 *Brooklyn Journal of International Law* 1, in particolare 135–136 (2016).

e della certezza del diritto⁴⁰. Per quanto attiene al primo, alcuni autori hanno infatti sottolineato che questa tipologia di comunicazione porta inevitabilmente a confondere il ruolo di giudice con quello di legislatore, e ciò nella misura in cui il primo non si limita più ad interpretare il diritto nazionale, ma introduce nel sistema giuridico nazionale nuove regole di diritto, quasi fosse una sorta di giudice – legislatore⁴¹. Secondo tale dottrina questa attività non finisce soltanto con il deporre la *rule of law* in favore della *rule of judges*⁴², ma compromette anche la sovranità nazionale, poiché il diritto applicato non è più soltanto quello adottato in conformità al sentire popolare e alle peculiarità nazionali, ma anche quello formatosi altrove. Gli avversatori della comunicazione transgiudiziale ne hanno poi rimarcato la pericolosità anche in termini di certezza del diritto: a loro avviso, l'assenza di una metodologia che permetta di identificare preventivamente il sistema a cui i giudici possono rifarsi, dà loro la possibilità di richiamare qualsivoglia decisione e quindi, in ultima istanza, di appellarsi alla giurisprudenza più conforme ai loro obiettivi⁴³. In questo modo, l'attività del giudicare diventerebbe una sorta di *cherry picking* e la decisione un sofismo⁴⁴, un *rideau de fumée*⁴⁵.

3. Il diverso grado di apertura delle Corti: sui metodi di interpretazione del diritto

Indipendentemente dall'apprezzamento che se ne fa, la comunicazione transgiudiziale è un fenomeno tuttora in crescita.

In generale, questa è stata innanzitutto favorita dall'attuale contesto di mondializzazione del diritto⁴⁶. Invero, per rispondere alla proliferazione di problemi comuni a cui, da una parte, la legge nazionale non riesce a fornire soluzione⁴⁷ e che, dall'altra, non possono che essere affrontati a livello

⁴⁰ Si veda per tutti: R. Hirschl, *In Search of an Identity: Voluntary Foreign Citations in Discordant Constitutional Settings*, in 62 *The American Journal of Comparative Law* 3, in particolare 553–554 (2014).

⁴¹ O.S. Rundell, *The Judge as Legislator*, in 26 *University of Kansas City Law Review* 4, 1–13 (1958).

⁴² T.M. Reavley e R.S. Killian, *Against the Rule of Judges*, in 68 *Baylor Law Review* 3, 661 (2016).

⁴³ L'assenza di una chiara metodologia in tal senso è considerata anche dai sostenitori della comunicazione transgiudiziale una debolezza a cui deve essere trovata una soluzione: M.C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l'enquête comparative à l'ère de la globalisation*, in *DPCE*, 2017, 54.

⁴⁴ “To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reason decision-making, but sophistry” (Corte Suprema USA, *Roper v. Simmons*, 2005, 543 US 551 – J. Scalia, dissenting).

⁴⁵ O.W. Holmes, *The Common Law*, Londra, 1881.

⁴⁶ Si veda, in generale, J. Allard e A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Parigi, 2005.

⁴⁷ M.R. Ferrarese, op. cit. (n. 7), 193 ss.

globale⁴⁸, i giudici hanno progressivamente incominciato a cercare “ispirazione e conferma delle proprie convinzioni oltre l’alveo di quanto viene deciso nella propria giurisdizione”⁴⁹ e quindi anche a rifarsi alla giurisprudenza di altri ordinamenti. D’altra parte, la permeabilità delle singole Corti alle giurisprudenze straniere varia fortemente in base alle caratteristiche del sistema in cui si trovano ad operare⁵⁰; se quindi è innegabile, da un lato, che l’attuale cosmopolitizzazione del diritto⁵¹ ha indiscutibilmente incrementato questi scambi, dall’altro è bene ricordare che la probabilità che avvengano dipende comunque da una serie di fattori giuridici ed extra-giuridici diversi per ogni singolo ordinamento⁵².

Tra i vari fattori che impattano sul diverso grado di interazione di una Corte con le altre si annoverano anche le tecniche di interpretazione del diritto. Secondo la celebre classificazione fornita dal giudice Canivet, esistono almeno due diversi metodi di interpretazione del diritto: quelli *fermées ou intrinsèques* che autorizzano il giudice a riferirsi unicamente al diritto interno e, poi, quelli *extrinsèques*, che lasciano invece all’interprete la possibilità di rifarsi anche ad elementi esterni⁵³, giuridici ed extra-giuridici, tra cui il diritto comparato⁵⁴.

3.1. L’articolo 1 del Codice civile svizzero: tra giudice-interprete e giudice-legislatore

Anche se la Svizzera non può essere certamente qualificata come una “*mixed civil and common law jurisdiction*”⁵⁵, i poteri che vengono ivi attribuiti al giudice sono certamente più estesi rispetto a quelli normalmente concessi al giudiziario negli altri sistemi romano - germanici⁵⁶.

In questo contesto assume particolare rilievo l’art. 1 CC, che ha per

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, a questioni come la tutela dell’ambiente o la regolamentazione dei flussi migratori: di fronte al *vacuum legis*, i giudici possono trovare conforto nelle decisioni dei loro colleghi e, in questo modo, riescono anche a confezionare una soluzione adatta alla natura transnazionale delle suddette problematiche. Sul punto si veda: A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, 2011, 27.

⁴⁹ G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, 54.

⁵⁰ Si veda in questo senso l’interessante studio condotto da M. Gelter e M.M. Siems, *Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe*, in 21 *The University of Chicago Press Journal*, 215–269 (2013).

⁵¹ Questa espressione è stata coniata da Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

⁵² M. Bobek, op. cit. (n. 17), 36.

⁵³ G. Canivet, *Pratique du droit compare par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l’article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke Le juge en tant que comparatiste*, in 80 *Tulane Law Review* 1, 229 (2005).

⁵⁴ Ivi, 231.

⁵⁵ A.E. Von Overbeck, *Some Observation on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code*, in 37 *Louisiana Law Review* 3, 681 (1976–1977).

⁵⁶ *Ibidem*.

oggetto l'applicazione del diritto e che deve la sua notorietà anche al di là dei confini nazionali per il fatto di riconoscere espressamente ai giudici non soltanto il potere di interpretare, ma anche di creare il diritto⁵⁷.

Modellato sui precetti della *école de la libre recherche scientifique*⁵⁸, l'art. 1 CC consacra infatti, da una parte, il primato della legge (cpv. 1: "La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione") e, dall'altra, ne ammette espressamente i limiti, riconoscendo che in presenza di una lacuna il giudice "decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, *secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*"⁵⁹ (cpv. 2).

Di conseguenza, il giudice svizzero è tenuto, in principio, ad interpretare la legge (giudice-interprete) e, eccezionalmente, anche a colmarne le lacune (giudice-legislatore)⁶⁰.

Come noto, quando opera nella sua veste di giudice-interprete, l'organo giudicante svolge un'attività finalizzata a rivelare il senso obiettivo della disposizione che è chiamato ad applicare. A tal fine, come previsto dall'art. 1 cpv. 1 CC, il giudice può rifarsi tanto alla lettera, quanto al senso della legge e, nel formulare la sua decisione, deve attenersi "alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli" (cpv. 3). L'attività interpretativa dei giudici svizzeri ha subito un'importante evoluzione a partire dagli anni '80, segnatamente con l'implementazione, da parte del Tribunale federale svizzero stesso, di una metodologia conosciuta sotto il nome di "pluralismo metodologico pragmatico"⁶¹. In base a quest'ultima "[...] La legge è da interpretare in primo luogo procedendo dalla sua lettera (interpretazione letterale). Tuttavia, se il testo non è perfettamente chiaro, se più interpretazioni del medesimo sono possibili, dev'essere ricercata la vera portata della norma, prendendo in considerazione tutti gli elementi d'interpretazione, in particolare lo scopo della disposizione, il suo spirito, nonché i valori su cui essa prende fondamento (interpretazione teleologica). Pure di rilievo è il senso che essa assume nel suo contesto [...]. I lavori preparatori, segnatamente laddove una disposizione non è chiara oppure si presta a diverse interpretazioni, costituiscono un mezzo valido per determinarne il senso ed evitare così di incorrere in interpretazioni erronee (interpretazione storica). Soprattutto nel caso di disposizioni recenti, la

⁵⁷ V. Gillioz, *La jurisprudence suisse*, in 17 *Journal International de Bioéthique* 1, 103–104 (2006).

⁵⁸ Circa l'influenza esercitata da Gény su Huber – padre fondatore del Codice civile svizzero – si veda: P. Caroni, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2011, 284.

⁵⁹ Enfasi aggiunta.

⁶⁰ Una parte della dottrina ritiene tuttavia che questa dicotomia sia ormai superata: F. Werro, *Art. 1 CC*, in P. Pichonnaz e B. Foëx (cur.), *Commentaire romand Code civil I*, Basilea, 2010, N. 42 ss.

⁶¹ Questa ha invero attirato le critiche di una parte della dottrina per il fatto di essere un "metodo senza metodo": P. Pichonnaz e S. Vogenauer, *Le 'pluralisme pragmatique' du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? Réflexions sur l'ATF 123 III 292*, in *PJA*, 417–426 (1999).

volontà storica dell'autore della norma non può essere ignorata se ha trovato espressione nel testo oggetto d'interpretazione [...]. Occorre prendere la decisione materialmente corretta nel contesto normativo, orientandosi verso un risultato soddisfacente sotto il profilo della ratio legis. Il Tribunale federale non privilegia un criterio d'interpretazione in particolare; per accedere al senso di una norma preferisce, pragmaticamente, ispirarsi a un pluralismo interpretativo [...]"⁶². In questo modo, è stato stabilito che il diritto possa essere indifferentemente interpretato attraverso il criterio letterale, storico, teleologico o sistematico⁶³ e che la scelta dell'uno o dell'altro sarà fatta sulla base della capacità che il criterio stesso ha di cogliere la vera portata della disposizione nel caso concreto. Così, il senso di una disposizione può essere colto attraverso la sua lettera, ossia interpretandone il tenore testuale. Se però il testo non è chiaro è allora possibile ricorrere agli altri canoni interpretativi: quello storico, che prevede che una disposizione debba essere interpretata alla luce del contesto in cui è stata elaborata ed adottata e della volontà del legislatore⁶⁴; quello teleologico, ossia in forza del suo scopo (*Ziel und Zweck*); quello sistematico, che suggerisce di interpretare la legge coerentemente con il sistema in cui è stata pensata e si deve inserire. Per quanto attiene a questo ultimo criterio, è bene altresì rilevare che, negli ultimi anni, i giudici del Tribunale federale hanno espressamente chiarito che il diritto dell'Unione europea può fungere da *Auslegungshilfe* se la normativa oggetto della loro interpretazione è stata adottata nel contesto dell'adattamento autonomo (ossia all'infuori degli Accordi bilaterali CH-UE)⁶⁵.

Quando, invece, opera nella sua veste di giudice-legislatore, il giudice svolge un'attività finalizzata a colmare una lacuna della legge. A tal fine, come prescritto dall'art. 1 cpv. 2 CC, il giudice si deve innanzitutto rifare alla consuetudine e, in mancanza, è tenuto a formulare autonomamente "la regola che egli adotterebbe come legislatore". Secondo questa disposizione, quindi, il potere creativo del giudice è subordinato non soltanto alla legge, ma anche alla consuetudine (che però sta progressivamente scomparendo dal panorama delle fonti nazionali)⁶⁶. D'altra parte, questo non costituisce nemmeno un potere illimitato: innanzitutto, il giudice può esercitare il suo potere creativo

⁶² DTF 137 V 273; per la formulazione nelle altre due lingue ufficiali si vedano, tra le altre, DTF 136 II 283, consid. 2.3.1; DTF 141 III 53, consid. 5.4.1; DTF 142 IV 389, consid. 4.3.1; DTF 127 III 415, consid. 2; DTF 133 III 497, consid. 4.1; DTF 145 III 63, consid. 2.1.

⁶³ Per un approfondimento sui singoli criteri interpretativi si veda E. Kohler, *Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse*, Berna, 2015, 41–45.

⁶⁴ Rispettivamente, si distingue in questo senso tra l'interpretazione storica oggettiva e soggettiva; si vedano per tutti: P. Moor, A. Flückiger e V. Martenet, *Droit administratif*, Berna, 2012, 128.

⁶⁵ F. De Rossa, *Interpretazione del diritto svizzero secondo il diritto europeo recepito autonomamente?*, in *RtiD*, 20 ss. (2010).

⁶⁶ F. Werro, *The Swiss Federal Tribunal and Its Pragmatic Pluralistic Method*, in S. Glanert (cur.), *Comparative Legal Reasoning. Essays in Honour of Geoffrey Samuel*, Londra, 2018, 146.

soltanto in presenza di una lacuna *praeter legem* (o autentica), ossia solamente quando manca una disposizione di legge applicabile al caso concreto. In secondo luogo, visto che il giudice deve comportarsi come se fosse il legislatore, si impone di trovare una norma che non soltanto sia in grado di risolvere il caso di specie, ma che possa anche trovare applicazione successivamente⁶⁷: pertanto, secondo un’inferenza tipicamente analogica, il giudice deve innanzitutto valutare se non vi sia nel codice un’altra disposizione di legge che, pur non essendo puntualmente applicabile al caso concreto, possa risolverlo per le somiglianze che presenta con quest’ultimo⁶⁸. Soltanto l’impossibilità di effettuare un’*analogia legis* conduce poi il giudice a risolvere il caso servendosi della “dottrina e della giurisprudenza più autorevoli” (art. 1 cpv. 3 CC)⁶⁹.

3.2. L’articolo 12 Preleggi: tra attività interpretativa e attività integrativa

Anche nell’ordinamento italiano l’attività interpretativa del giudice è vincolata; a differenza di quello svizzero (e decisamente più in armonia con il modello romano - germanico), però, in Italia non viene espressamente riconosciuto al giudice il potere di creare il diritto, tutt’al più di integrarlo⁷⁰.

In questo contesto la norma di riferimento è l’articolo 12 disp. prel. cc. che ha per oggetto l’interpretazione della legge e per cui il senso di quest’ultima deve essere innanzitutto ricercato nel “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”; soltanto sussidiariamente, “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione”, allora il giudice dovrà avere “riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”. In ultima istanza, “se il caso rimane ancora dubbio”, allora “si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Questo articolo, che ripete la formulazione del codice del 1865⁷¹, pone i criteri in serie progressiva⁷²: la legge deve pertanto essere innanzitutto interpretata attraverso il criterio letterale; poi, solo se necessario, deve essere

⁶⁷ F. Werro, op. cit. (n. 60), N. 33.

⁶⁸ A.E. Von Overbeck, op. cit. (n. 55), 670.

⁶⁹ P. Pichonnaz e B. Foëx, *Commentaire Romand*, 2010, Basilea, 16.

⁷⁰ V. Velluzzi, *Commento agli articoli 12, 13, 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, in A. Barba e S. Pagliantini (cur.), *Commentario del Codice civile. Delle persone*, Torino, 2012, 281. In maniera concorde si esprime anche R. Guastini, *Rule-Scepticism Restated*, in L. Green e B. Leiter (cur.), *Oxford studies in Philosophy of law*, Oxford, 1994, 141-142.

⁷¹ Eccezione fatta per l’analogia *iuris* che, nella vecchia formulazione, si riferiva “ai principi generali del diritto”: F. Cerrone, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019, 593. Per una ricostruzione storica più ampia dell’art. 12 disp. prel. cc. si veda per tutti G. Gorla, *I precedenti storici dell’art. 12 Disp. prel. cod. civ. (1969)*, in Id. (cur.), *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 443 ss.

⁷² Si parla in questo senso anche di una disequazione per cui l’interpretazione letterale ricopre un ruolo gerarchicamente superiore: L. Viola, *Alla ricerca dell’equazione interpretativa perfetta*, in *Rivista scientifica di diritto processuale civile*, 2017, 3.

integrata attraverso l'analogia *legis* e, infine, con l'analogia *iuris*⁷³.

Per quanto attiene innanzitutto all'interpretazione letterale, il rapporto tra le proposizioni “*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*” e “*intenzione del legislatore*” ha da sempre costituito un nodo nevralgico: la dottrina si è infatti spesso interrogata chiedendosi se questo primo comma individui due diversi criteri (la *mens legis* interviene sussidiariamente, allorché non si possa evincere immediatamente il significato delle parole utilizzato) o uno solo (l'interpretazione della lettera di legge deve avvenire alla stregua della *mens legis*). Nonostante il panorama sia composito, l'indirizzo in apparenza consolidato sostiene che il primo comma dell'art 12 disp. prel. cc. identifichi due distinti criteri e, segnatamente, che nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una disposizione sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il significato e la portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio sussidiario della *mens legis*; soltanto in caso di ambiguità si può allora ritenere che l'elemento letterale e l'intenzione del legislatore acquistino un ruolo paritetico⁷⁴. Vi è tuttavia un'altra corrente che, invece, nega fermamente che l'intenzione del legislatore sia sussidiaria al significato proprio delle parole: le parole, infatti, non sono altro che il mezzo con cui il legislatore esprime la propria intenzione; alla disposizione, quindi, non può essere attribuito un significato diverso da quello contestuale alla sua adozione (tradizionalmente definita come *ratio legis*)⁷⁵.

⁷³ R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale, Artt. 10-15*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna - Roma, 1974, 239.

⁷⁴ G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2015, 37. In questo senso (tra le tante), si veda anche Cass. Civ. 03.06.2011, n. 12316: “La norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo ‘attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse’; pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, merce l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare”.

⁷⁵ Cian e Trabucchi, op. cit. (n. 74), 38. In questo senso, Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 08.05.2015, n. 374: “L'art. 12 delle preleggi, laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale poiché evidenzia, con il riferimento ‘all'intenzione del legislatore’ un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema; il dualismo, tra ‘significato proprio delle parole secondo la connessione di esse’ e spirito o *ratio* ‘intenzione del legislatore’, va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale”.

Soltanto “quando manchi nell’ordinamento una specifica disposizione regolante la fattispecie concreta”⁷⁶ viene poi ammesso che il giudice italiano possa ricorrere all’analogia. L’inferenza analogica consiste pertanto nell’estensione della disciplina prevista per altri casi ad un caso non espressamente regolato, e purché questi condividano una o più proprietà rilevanti⁷⁷. Condizione necessaria per potere svolgere questa operazione (quando possibile)⁷⁸ è, come nell’ordinamento svizzero, la presenza di una lacuna (sia essa normativa, tecnica o assiologica)⁷⁹: proprio per il fatto che con questa operazione si integra una disciplina lacunosa, è preferibile definire l’analogia un argomento integrativo (anziché interpretativo)⁸⁰. Nel rispetto del dettame dell’art. 12 disp. prel. cc, la disciplina che può essere utilizzata per integrare la fattispecie lacunosa è innanzitutto quella che viene prevista per regolare un caso simile o una materia analoga (analogia *legis*), per tale intendendosi quel caso o quella materia con cui la fattispecie lacunosa condivide almeno una proprietà rilevante (che in ambito giuridico corrisponde alle ragioni della disciplina, alla *aedem ratio*)⁸¹. In ultima istanza, poi, l’art 12 disp. prel. cc. stabilisce che se il caso non può essere deciso né attraverso l’interpretazione della sua lettera, né tramite l’applicazione della disciplina che regola casi simili o materie analoghe, allora l’interprete si dovrà rifare “*ai principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*” (analogia *iuris*).

3.3. Svizzera, Italia e i loro giudici: des *méthodes interprétatifs intrinsèques ou extrinsèques*?

L’analisi appena effettuata dell’art. 1 CC e dell’art. 12 disp. prel. cc., ci consente ora di potere trarre delle conclusioni iniziali in merito alle tecniche interpretative di cui dispongono i giudici svizzeri e italiani e, segnatamente, di dedurre se questi siano facilitati (o, addirittura, legittimati) a partecipare alla comunicazione transgiudiziale (quindi di utilizzare nelle loro sentenze elementi stranieri come precedenti giurisprudenziali).

Per quanto attiene al ruolo di giudice-interprete, come visto, il giudice svizzero dispone di quattro criteri interpretativi che non seguono un ordine gerarchico: apparentemente, la congiunzione tra l’assenza di una graduatoria predefinita e il fatto che, eccetto per il criterio letterale, tutti gli altri ammettano almeno potenzialmente la considerazione di esperienze straniere, dovrebbe in ultima istanza permettere ai giudici svizzeri di rifarsi ad elementi

⁷⁶ Cass. civ., sez. I, 11.02.2015, n. 2656.

⁷⁷ G. Tuzet, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, 41.

⁷⁸ Ad esempio, come espressamente sancito dall’art. 14 disp. prel. cc., l’inferenza analogica non è possibile nel diritto penale. Questo limite viene spesso superato attraverso la cosiddetta interpretazione estensiva. Sulla diatriba ancora in corso circa la differenza tra inferenza analogica e interpretazione estensiva si veda: Ivi, 59 ss.

⁷⁹ Questa classificazione è proposta da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu e F. Messineo (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 127.

⁸⁰ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2011, 243.

⁸¹ G. Tuzet, op. cit. (n. 77), 59.

esterni nell'espletamento dell'attività interpretativa. Il criterio storico permette invero di considerare delle esperienze straniere se si riesce a ricostruire - partendo dai lavori preparatori - che il legislatore stesso si era ispirato al diritto di altri Stati nell'elaborazione della disposizione in questione; il medesimo ragionamento vale poi per il criterio teleologico nella misura in cui la disposizione era stata adottata dal legislatore con lo scopo di armonizzare una certa disciplina con quella degli Stati vicini. Infatti, capita spesso che il giudice svizzero menzioni delle esperienze straniere quando queste hanno servito da modello al legislatore⁸² o se presentano delle somiglianze con la disciplina nazionale⁸³. Questo ragionamento si applica infine anche al criterio sistematico: siccome il sistema giuridico in cui la disposizione è stata elaborata non sembra coincidere più ad oggi unicamente con il sistema nazionale (ma sembra invece corrispondere anche con quello europeo ed internazionale), il giudice si può legittimamente fare ispirare dalle esperienze straniere⁸⁴.

Anche (e soprattutto) quando agisce in qualità di giudice-legislatore, il giudice svizzero può rifarsi ad elementi stranieri. Vi è una parte della dottrina⁸⁵ che fonda questa possibilità direttamente sull'art. 1 cpv. 3 CC, ossia sul fatto che il giudice debba servirsi della "dottrina e della giurisprudenza più autorevoli" per colmare la lacuna a cui è confrontato: il mancato confinamento a quelle nazionali rende in ultima istanza legittimi i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza straniere, purché autorevoli. Ve ne è un'altra parte che invece fonda questo potere muovendo dalla constatazione che, dovendosi comportare come farebbe il legislatore, il giudice dispone degli stessi strumenti di quest'ultimo e può pertanto rifarsi ad esperienze straniere⁸⁶. Alcuni autori sostengono che il giudice sia addirittura obbligato a farlo poiché, nel redigere un nuovo *corpus* di leggi, il legislatore ricorre quasi sempre alla comparazione⁸⁷.

Passando ora al sistema italiano, la situazione sembra essere meno

⁸² A. Gerber, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in Institut Suisse de droit comparé, *Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de droit comparé*, Zurigo, 1992, 151.

⁸³ E. Kohler, op. cit. (n. 63), 55.

⁸⁴ P.H. Steinauer, *Le titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, Basilea, 2009, 99.

⁸⁵ Si veda in questo senso H.P. Walter, *Das rechtsvergleichendes Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Recht*, in *RDS*, 262 (2007).

⁸⁶ P.V. Kunz, *Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtsetzung und bei der Rechtsanwendung*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 70 (2009).

⁸⁷ Ciò era invero già stato sostenuto in passato: A. Meier-Hayoz, *Der Richter Als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäß Art. 1 Abs. 2 d. schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zurigo, 1951. Si veda altresì Id., *Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung Arts. 1-10*, Berna, 1966, 355. Ad oggi, l'obbligo per il giudice di ricorrere alla comparazione sembra essere ancora più giustificabile, poiché nel messaggio accompagnatorio alle leggi il legislatore procede sempre con una disamina comparativa.

soddisfacente almeno per quanto attiene al giudice-interprete: sicuramente, il criterio letterale nel senso del “*significato proprio delle parole*” non permette di riferirsi ad esperienze straniere. Allo stesso modo, qualora si voglia considerare la *mens legis*, non si può prescindere dal fatto che il riferimento sia solo al legislatore nazionale⁸⁸.

Quando viene invece chiamato a colmare una lacuna, sembra che anche il giudice italiano possa in una certa misura rifarsi in maniera volontaria ad esperienze straniere. In questo contesto assume cruciale importanza lo studio condotto da Monateri e Somma⁸⁹: a loro avviso, la possibilità per il giudice italiano di ricorrere ad esperienze straniere poggia direttamente sull’analogia *legis ex art.* 12 comma 2 disp. prel. cc.; interpretando letteralmente questa disposizione e muovendo principalmente dalla constatazione che per l’analogia *legis* (a differenza dell’analogia *iuris*) non era presente alcun confinamento allo Stato, i due autori concludono per la possibilità che il giudice italiano si rifaccia ad esperienze straniere: invero, la mancata circoscrizione ai “*casi simili o materie analoghe*” dello Stato, sembra in ultima istanza consentire al giudice anche di potersi rifare alla disciplina prevista per “*casi simili o materie analoghe*” di altri ordinamenti. Sebbene, almeno apparentemente, l’analogia *iuris* sembri negare qualsiasi possibilità di riferimento ad esperienze straniere è bene rilevare che, proprio per la diversa portata che ha attualmente questa disposizione (determinata in gran parte dal mutamento del contesto in cui si trova ad operare), si potrebbe sostenere che “*i principi generali*” a cui il giudice si deve riferire sono anche quelli che si traggono dalle Organizzazioni internazionali e sovranazionali a cui l’Italia attualmente appartiene, dai loro statuti e dalle loro convenzioni internazionali⁹⁰. Quello originariamente considerato nelle disposizioni preliminari era un concetto fortemente positivisticò di “*principi generali*” del diritto, un concetto che si basava totalmente sul diritto di matrice nazionale data la pretesa autosufficienza dei Codici⁹¹. A partire dalla metà del XIX secolo e, segnatamente, con l’entrata dell’Italia in diverse Comunità internazionali e con l’adesione a plurime Convenzioni che postulavano l’unificazione del diritto in certe materie, “nei campi che formano oggetto di quelle Comunità o di quelle convenzioni internazionali, i principi generali del diritto da applicare [...] sono, o dovrebbero rispettosamente essere, quelli che si traggono dall’appartenenza dell’Italia a quelle Comunità, dai loro statuti o da quelle convenzioni internazionali”⁹².

⁸⁸ Relazione del Ministro guardasigilli al Codice civile preceduto dalla Relazione al disegno di legge, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1942.

⁸⁹ P.G. Monateri e A. Somma, ‘*Alien in Rome*’. *L’uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art 12 Preleggi*, in *Il Foro Italiano*, 1999, 47/48–55/56.

⁹⁰ G. Gorla, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l’art 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in *Il Foro Italiano*, 1992, 89/90–95/96.

⁹¹ *Ivi*, 92.

⁹² *Ibidem*.

4. Qualche riflessione conclusiva in chiave empirica: tanta apertura quanto attivismo giudiziario?

L'analisi appena svolta ci permette quindi di supporre che sia l'art. 1 CC, sia l'art. 12 disp. prel. cc., sembrano potere essere qualificati come metodi di interpretazione *extrinsèques*: invero, seppur con diversa intensità, tanto i giudici svizzeri quanto quelli italiani possono (almeno potenzialmente) rifarsi ad elementi esterni nell'espletamento delle loro funzioni. Se, da una parte, i giudici svizzeri possono cercare ispirazione in elementi giuridici ed extra-giuridici esterni sia quando interpretano (grazie al pluralismo metodologico pragmatico), sia quando integrano il diritto (in qualità di giudice-legislatore), dall'altra parte sembra che i giudici italiani lo possano fare solo quando integrano una lacuna (in particolare tramite l'analogia *legis*).

A fronte di ciò, pare pertanto legittimo concludere che, almeno teoricamente, i giudici svizzeri e quelli italiani sono quindi facilitati nelle interazioni con altre Corti e, in ultima istanza, addirittura legittimati a fare uso di precedenti stranieri nell'adozione delle loro decisioni. A questa loro permeabilità contribuiscono d'altra parte anche altri fattori: con specifico riferimento alle Corti svizzere si pensi, ad esempio, al fatto che queste operano in uno Stato federale⁹³, piccolo e multilingue⁹⁴; per quanto riguarda invece quelle italiane, una circostanza come l'inattualità del sistema delle fonti delineato dall'art. 1 disp. prel. cc. costituisce un ulteriore fattore di potenziale apertura⁹⁵.

Queste considerazioni squisitamente teoriche sono tra l'altro parzialmente corroborate anche sul piano empirico, almeno per quanto riguarda il Tribunale federale svizzero e la Corte costituzionale italiana⁹⁶.

Invero, le decisioni del Tribunale federale svizzero sono spesso corredate da riferimenti a precedenti stranieri⁹⁷ che, nella maggior parte dei casi, vengono impiegati come ausilio interpretativo. Ricca di richiami a

⁹³ P. Tercier, *La perméabilité des ordres juridiques*, in *Institut Suisse*, in op. cit. (n. 82), 12: l'autore sostiene infatti che le Corti svizzere siano naturalmente predisposte alla comparazione e questo anche perché le stesse Corti cantonali tendono a citarsi le une con le altre.

⁹⁴ G. Walter, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 48-49: l'autore rileva come una produzione esigua di giurisprudenza affiancata all'uso ufficiale di tre tra le lingue più parlate in Europa faciliti in ultima istanza i giudici svizzeri ad ispirarsi alle giurisprudenze straniere.

⁹⁵ Si veda per tutti A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Art. 1 - 9*, Bologna, 2011.

⁹⁶ Mentre la scelta del Tribunale federale svizzero non solleva particolari questioni metodologiche in quanto, come unica Corte apicale, questo riunisce sia le funzioni di Corte suprema, sia quelle di Corte costituzionale, quella della Corte costituzionale italiana può essere giustificata – per usare le parole di G.F. Ferrari e A. Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise*, in 1 *Comparative Law Review*, 2 (2010) – alla luce del fatto che questa “not only [...] delivers a large, but reasonable number of judgments every year, but also because it addresses themes that are focused on constitutional interpretation”.

⁹⁷ Si veda, da ultimo, la recente ricerca svolta da S. Gerotto, *The Use of Comparison in the Swiss Federal Tribunal Case Law*, in G.F. Ferrari op. cit. (n. 14), 402-423.

decisioni di Corti apicali straniere è, ad esempio, la giurisprudenza della Corte di diritto pubblico in materia di porto di simboli religiosi: fra le altre, esemplari ne sono la DTF 116 Ia 252 concernente l'esposizione del crocifisso nelle aule di scuole elementari o, ancora, le DTF 123 I 296 e 142 I 49 relative al diritto di un'insegnante, rispettivamente di un'alunna, di indossare il velo islamico a scuola⁹⁸. Un simile grado di apertura è altresì tracciabile nella giurisprudenza della Corte di diritto penale relativa alla tutela dei diritti fondamentali dei detenuti: illustrativa in questo senso è sicuramente la DTF 136 IV 97 concernente la sospensione della pena per i detenuti in sciopero della fame. Questa permeabilità è infine rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte di diritto privato⁹⁹ e in quella di diritto sociale¹⁰⁰. Tra l'altro, fonte di ispirazione per il Tribunale federale è anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰¹, che viene dai giudici supremi svizzeri spesso richiamata anche all'infuori di quei settori coperti dagli Accordi bilaterali. Soltanto raramente i precedenti stranieri vengono invece impiegati come ausilio integrativo: in generale, il giudice svizzero mostra ancora una certa reticenza ad agire *modo legislatoris*¹⁰², tanto che in dottrina si è arrivati a sostenere che la figura del giudice – legislatore è più un mito che una realtà¹⁰³.

Conclusioni parzialmente diverse devono essere invece tratte per la Corte costituzionale italiana. Se qualche anno fa le indagini sull'uso dell'argomento comparato da parte di quest'ultima rischiavano di diventare una "ricerca sul nulla"¹⁰⁴, ad oggi sembra invece che essa abbia progressivamente iniziato a rifarsi espressamente alla "*jurisprudence of other sister courts*"¹⁰⁵. Esempi recenti ne sono l'ordinanza 207/2018 relativa al

⁹⁸ Su quest'ultima DTF un'analisi interessante nella prospettiva della comunicazione transgiudiziale è offerta da M. Hertig Randall, *Aux antipodes du juge Scalia: L'arrêt « St. Margrethen » du 11 décembre 2015 sur l'interdiction du port du voile par une élève dans une perspective comparative*, in F. Bernard, E. McGregor e D. Vallée - Grisel (cur.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann : constitution et religion. Les droits de l'homme en mémoire*, Ginevra, 2017, 129–150.

⁹⁹ Si veda, ad esempio, la DTF 135 III 206.

¹⁰⁰ Si veda, ad esempio, la DTF 140 I 77.

¹⁰¹ Sul punto si veda per tutti: F. De Rossa, *Accordi bilaterali CH-UE: temi ricorrenti e tendenze, tra staticità (istituzionale) e dinamismo (giurisprudenziale)*, in RtiD, 437–488 (2013). Un esempio recente è costituito dalla DTF 144 II 113.

¹⁰² B. Cottier, *Le droit 'suisse' du cyberspace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité*, in RDS, 243 (2005).

¹⁰³ M. Luminati, *Giudici-legislatori alla maniera elvetica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2011, 327.

¹⁰⁴ V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, 1993–2020. In modo simile si è espressa anche A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2006, in particolare 156 ss.

¹⁰⁵ V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia e A. Simoncini, *Introduction. Dialogue as a Method*, in Id. (cur.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Oxon/Torino,

suicidio assistito¹⁰⁶ o, ancora, la sentenza 141/2019 in materia di prostituzione. Tuttavia, i riferimenti espressi restano nondimeno circoscritti¹⁰⁷, sono spesso molto generici¹⁰⁸ (nel senso che avvengono attraverso l'uso di espressioni quali, ad esempio, "la giurisprudenza costituzionale di altri paesi"¹⁰⁹) e fino ad oggi non sembrano avere seguito una chiara evoluzione.

Questa analisi, che offre innanzitutto degli spunti di riflessione teorici sulla postura dei giudici svizzeri e italiani rispetto all'ormai vastissimo fenomeno della comunicazione tragiudiziale, cerca altresì di dimostrare che, seppur potenzialmente investiti di ampi poteri, questi giudici sembrano di fatto non abusarne. In chiusura, ci si potrebbe quindi interrogare sulla fondatezza di tutte quelle preoccupazioni dottrinali che attorniano questa attività giudiziale e, quindi, domandarsi se questo non sia un tipico caso di *much ado about nothing* (almeno per questi due sistemi giuridici).

Micol Ferrario
Università della Svizzera italiana
micol.ferrario@usi.ch

2021, 16.

¹⁰⁶ D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, 2019, 1–23.

¹⁰⁷ V. Zeno-Zencovich, *The Italian Constitutional Court*, in G.F. Ferrari op. cit. (n. 14), 452.

¹⁰⁸ M. De Bellis, *The Italian Constitutional Court And Comparative Law: A Tale Of Two Courts*, 2014, disponibile al: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428226.

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, Sentenza 531/2000.