

GUIDO ALPA
Il giudice e l'uso delle sentenze straniere
Modalità e tecniche della comparazione giuridica
La giurisprudenza civile (*)

Premessa

Un intero capitolo del recente libro di Basil Markesinis sul metodo della comparazione ^{1[1]} è dedicato al caso *Greatorex v. Greatorex*^{2[2]}: è l'esempio più persuasivo ed efficace per teorizzare, da un lato, ed esaltare, dall'altro lato, la rilevanza della giurisprudenza straniera ai fini della formulazione della decisione da parte del giudice nazionale.

In quella occasione il giudice inglese doveva risolvere una questione concernente la risarcibilità del danno da shock nervoso^{3[3]}. La questione era complicata dal fatto che il danneggiato era un vigile del fuoco accorso sul luogo del sinistro stradale per soccorrere i feriti, ed aveva subito lo shock perché tra i feriti aveva riconosciuto suo figlio. Peraltro proprio il figlio era stato l'autore del sinistro, avvenuto per sua colpa, in quanto egli si era messo alla guida del veicolo in stato di ebbrezza, senza considerare che il veicolo apparteneva al trasportato e non era stato assicurato. Risolvere il caso non era facile: innanzitutto, la prova del danno e quindi della responsabilità, spettava all'attore, cioè al vigile del fuoco, secondo le regole della *tort law* inglese; poi il convenuto aveva contribuito a creare il danno, essendo egli stesso vittima del sinistro; altro danno era stato provocato al passeggero, coinvolto nell'incidente; era incerto se si potesse considerare una colpa, per l'autore sinistro, l'essersi procurato le ferite capaci di provocare uno shock nervoso agli astanti; in più, tra l'autore del sinistro e la vittima dello shock nervoso sussisteva un legame familiare; e il vigile del fuoco, attore, e padre dell'autore del danno, aveva rivolto la sua pretesa risarcitoria nei confronti del fondo di garanzie delle vittime della strada, non essendo il veicolo coperto da assicurazione.

Il giudice inglese avrebbe potuto far riferimento a qualche precedente, peraltro non in termini, per dare una soluzione alla vicenda. Ma – credo agevolato dagli avvocati che assistevano i convenuti – preferì avvalersi di un caso simile deciso anni prima dalla Suprema Corte federale tedesca^{4[4]}, e concluse per l'irrisarcibilità del danno.

Come si vede, non si tratta della applicazione del diritto straniero, tema caro alla nostra dottrina di diritto internazionale privato e di diritto processuale, ma di utilizzazione di un modello di decisione resa da un giudice straniero a cui il giudice nazionale, per sua scienza o perché sollecitato dalle difese predisposte dagli avvocati delle parti, fa ricorso per trovare una soluzione soddisfacente al caso che deve amministrare. In altri termini, si tratta di una operazione di comparazione *volontaria* dei sistemi giuridici: così l'ha definita Ulrich

(*) Relazione presentata al congresso organizzato dalla Corte costituzionale e dal Consiglio nazionale forense a Roma, al Palazzo della Consulta, il 21 ottobre 2005.

^{1[1]} Markesinis, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, trad.it. a cura di Vanna Levi e Nello Pasquini, presentazione di Fernanda Contri, con un saggio di Guido Alpa, nella collana "Giuristi stranieri di oggi", traduzioni proposte da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano, (ed. orig. *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Firthy-Five Years*, Oxford, Portland-Oregon, 2003), Milano, 2004.

Il tema oggetto del convegno era stato illustrato dallo stesso Markesinis in un saggio intitolato *Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica*, trad.it. di Vincenzo Zeno-Zencovich, pubblicato in *Contratto e impresa*, 1992, p. 1350 ss.; più di recente v. *Case Law and Comparative Law: Any Wither Lessons?*, in 11 *E.Rev.Priv.Law*, 717 (2003).

^{2[2]} [2000] 1 WLR 1970

^{3[3]} Del problema si è occupata, con un *obiter dictum* la Corte costituzionale, nella pronuncia del 27.10.1994, n. 372 (estensore Mengoni), resa a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2043 cod.civ. (per leggerne il testo e il commento v. Alpa, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, 3° ed., Padova, 2003, pp. 62 ss., 321 ss. I criteri di risarcimento del danno alla persona variano notevolmente da ordinamento a ordinamento, anche nell'ambito dell'Unione europea. I risultati di una comparazione dei criteri e delle tabelle di liquidazione sono sconcertanti: v. al riguardo Markesinis, Coester, Alpa e Ullstein, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline*, Cambridge, 2005. Ma sono diversi anche i criteri di imputazione della responsabilità per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli: v. la Relazione predisposta da T.Weir, al convegno su *I nuovi confini del diritto privato europeo*, organizzato dal C.N.F. il 15.10.2005, i cui atti sono in corso di stampa.

^{4[4]} BGHZ 56, 163 = NJW, 1971, 1883 = VersR 1971, 905, 1140; il testo si può leggere anche nella versione inglese (curata da Tony Weir) nella 4a ed. di Markesinis, *The German Law of Torts: A Comparative Introduction* (in coll. con Unberath), Oxford e Portland-Oregon, 2002, p. 115; per un ampio commento v. Markesinis, *Il metodo*, cit., p. 196 ss.

Drobnig ^{5[5]} per distinguerla dall'applicazione *necessaria* del diritto straniero, dovuta alla volontà delle parti o alle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali o alla disciplina dettata dalle regole del diritto internazionale privato in merito alla scelta della legge applicabile al rapporto *sub iudice*. Ma si tratta anche di un'operazione di uso "funzionale" del modello straniero a fini applicativi.

Questa linea ermeneutica si colloca nell'ambito dell'indirizzo che privilegia la circolazione dei modelli giuridici, intendendo per tale sia le ipotesi di vero e proprio "trapianto" di regole e soluzioni, sia il caso di imitazione o di recezione,^{6[6]} sia il caso di naturale convergenza dei modelli – per citare un altro tema caro a Basil Markesinis^{7[7]} –, sia il caso di convergenza necessitata ad opera della applicazione delle direttive comunitarie e dei provvedimenti introdotti negli ordinamenti nazionali per dare loro attuazione, sia il caso ancora della formazione di un *humus* comune in cui si sviluppano e di radicano principi generali che finiscono per comporre un diritto privato non più domestico ma tale da pervadere tutti i Paesi europei e perciò denominato "diritto privato europeo"^{8[8]}.

Qualche volta la soluzione identica o simile di casi da parte di giudici appartenenti a esperienze giuridiche diverse per tradizione, cultura e normativa, è del tutto casuale. Sono singolari, ad esempio, le similitudini tra le soluzioni che si registrano nel settore della lesione del diritto di credito, in particolare dei c.d. *cable cases*, ove possiamo notare che casi francesi, tedeschi e inglesi si assomigliano – salvo qualche dettaglio nelle voci di risarcimento del danno – perché procedono parallelamente, anche senza conoscersi reciprocamente, verso lo stesso risultato^{9[9]}. Alle pronunce evidenziate dalla dottrina comparatistica straniera possiamo aggiungere i *cable cases* italiani, che portano a risultati non dissimili, anche se essi sono del tutto ignorati all'estero, attesa sia la scarsa circolazione del modello italiano, sia la marginale conoscenza della lingua e del diritto italiani al di fuori dei patrii confini^{10[10]}.

1. L'attualità del tema

Più volte, negli ultimi tempi, la dottrina, sia nella nostra esperienza, sia negli ambienti comparatistici, si è posta il problema che oggi discutiamo. A questo proposito sono memorabili, tra i contributi più recenti, gli atti del XIV Congresso internazionale di diritto comparato, tenutosi ad Atene nel 1997^{11[11]}, le relazioni presentate al simposio organizzato dal BIICL di Londra, l' Institute of European and Comparative Law dell' Università di Oxford e la Société de Législation Comparée nel febbraio del 2003^{12[12]}, le relazioni presentate al seminario organizzato a Milano nel dicembre dello stesso anno dalla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.^{13[13]} Come è rimarchevole l'analisi dei problemi e la raccolta dei casi in cui si fanno riferimenti alla giurisprudenza straniera effettuata proprio in questa prospettiva da Alessandro Somma qualche tempo fa^{14[14]}.

La necessità della conoscenza non solo delle regole scritte e della dottrina, ma pure delle regole operazionali, dei modelli di sentenza, delle tecniche di ragionamento offerti dalle esperienze straniere da parte del giurista nazionale è ormai un *leit motiv* che si riscontra sia nei manuali di diritto comparato e di diritto civile, sia nelle raccolte di casi che, un tempo affidate ad alcuni pionieri della comparazione, come Gino Gorla^{15[15]}, oggi sono piuttosto frequenti anche nella nostra letteratura. In altre esperienze, come quella inglese e quella tedesca, questo è il metodo più seguito per fare comparazione. I repertori di giurisprudenza straniera, le occasioni offerte dall'immenso mondo di Internet, la diffusione della comparazione attraverso la penetrazione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia sono tutti strumenti che agevolano l'accesso ai modelli di decisione, e quindi offrono all'interprete uno scenario di problematiche e di soluzioni che potrebbero migliorare l'amministrazione della giustizia, oltre che tendere ad una uniforme applicazione dei principi comuni e

^{5[5]} Drobnig, *The Use of Foreign Law by German Courts*, in *The Use of Comparative Law by Courts*. XIV International Congress of Comparative Law (Atene, 1997), a cura di Drobnig e Van Erp, L'Aja, Londra, Boston, 1999, p. 131

^{6[6]} Per tutti v. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, nel Trattato di diritto comparato dir. dallo stesso Sacco, Torino, 1994, passim

^{7[7]} V. *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law On the Eve of the 21th Century*, a cura di B. Markesinis, Oxford, 1994

^{8[8]} La letteratura ormai sterminata in materia è oggetto di ricognizione in Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, nel Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 2005

^{9[9]} Sul punto v. ancora Markesinis e Unberath, *The German Law of Torts*, cit., p. 11 ss.;

^{10[10]} Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999

^{11[11]} Cit. supra, n.5

^{12[12]} *The Future of Transnational Civil Litigation. English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Londra, 2004

^{13[13]} *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, contributi di Gambaro, Vigoriti, Somma, Walter, Zuckerman, Alpa, Rubino-Sammartano, Piagati, Querzola, Timoteo, Milano, 2004

^{14[14]} Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001

^{15[15]} Di cui sono rimasti insuperati i due tomi su *Il contratto*, Milano, 1955

a riservare un trattamento simile ai cittadini dei diversi Stati Membri dell'Unione europea che si trovassero in situazioni analoghe.

È uno dei grandi meriti di Basil Markesinis quello di aver insistito sulla esigenza di conoscere la giurisprudenza straniera per poter meglio comprendere la giurisprudenza domestica e per poter rendere efficiente il metodo della comparazione, non più confinato nell'area cognitiva, ma utilmente sfruttato nell'ambito della professione forense e quindi dinanzi alle corti giudicanti.

2. L'esperienza italiana

In questa prospettiva, l'esperienza italiana, che fino a qualche anno fa poteva descriversi come deludente, sembra oggi presentare motivi di vivacità. Certo, come sottolineava Antonio Gambaro nel seminario della *Rivista trimestrale*^{16[16]}, non possiamo farne solo una questione quantitativa, ma è gratificante riscontrare in sempre più numerose pronunce dei giudici di merito e di legittimità anche solo fugaci riferimenti a casi stranieri che, se pure potrebbero sfigurare di fronte all'imponente uso della comparazione da parte dei giudici tedeschi e dal sempre più diffuso impiego della comparazione da parte dei giudici inglesi - in particolare dalla House of Lords - costituiscono una sorprendente novità dei tempi recenti. Piuttosto sarebbero da approfondire le ragioni del distacco dalla giurisprudenza straniera maturate nella nostra cultura giuridica alla fine dell'Ottocento: con il secolo si chiudeva anche la stagione della dominanza del modello francese e della citazione frequente, da parte dei nostri giudici, in particolare da quelli appartenenti alle cinque Corti di Cassazione, dei precedenti decisi dalle Corti francesi (non solo della *Cour de Cassation*, ma anche delle Corti di merito)^{17[17]}.

Per venire dunque a qualche esempio concreto - utile per capire le modalità di utilizzazione della giurisprudenza straniera, piuttosto che non la quantità dei riferimenti, da parte dei giudici italiani - mi soffermerò su alcuni casi tratti dalla giurisprudenza più recente.

Il primo concerne la c.d. "clausola di cancello", utilizzata nei contratti di noleggio di navi per il trasporto di merci^{18[18]}. Nella specie il proprietario del carico aveva concluso un contratto con il noleggiatore della nave contenente una clausola di tenore ermetico, e tuttavia frequente nella prassi dei rapporti marittimi, in base alla quale la nave non doveva entrare in porto per il caricamento prima dell'11 settembre o dopo il 15 settembre. La clausola era scritta con questi segni: "L/C 11/15th Sept.". Non potendo portare la nave al porto convenuto entro il termine prescritto, il noleggiatore avvisò del suo ritardo il proprietario del carico; questi tuttavia rifiutò la prestazione. Il 16 settembre, con un giorno di ritardo, la nave entrò comunque nel porto convenuto per effettuare le operazioni di carico, ma il proprietario confermò la sua intenzione di non voler più profittare della prestazione convenuta. Insorta la questione, il Tribunale di Treviso applica alla clausola l'art. 1373 cod.civ., ritenendo legittimo il recesso del proprietario del carico, in quanto il termine, scritto in modo inequivoco, deve intendersi come essenziale. E per arrivare a questa conclusione prende spunto dalla prassi mercantile e dai casi giurisprudenziali inglesi che hanno convalidato tale prassi, interpretando in modo restrittivo la "clausola di cancello".

Il secondo caso, per la verità, non fa riferimento ad una sentenza straniera, ma piuttosto allo Uniform Commercial Code statunitense; è noto però che questo "code" è il frutto della raccolta di regole giurisprudenziali, nate dal diritto vivente. Si trattava di stabilire gli effetti giuridici di una lettera di credito confermata dalla banca: la conferma della lettera di credito (come si ricava anche dall'U.C.C.) non dà luogo - precisano le Sezioni Unite della Cassazione^{19[19]} - ad una obbligazione accessoria a quella originariamente assunta dall'emittente, ma anzi costituisce il mezzo normale per la soddisfazione del credito del beneficiario.

Il terzo caso^{20[20]} riguarda proprio l'applicazione alla fattispecie italiana di un principio di common law inglese formulato nel corso dei tre gradi del giudizio che portò all'affermazione di un *leading precedent*: si trattava del caso *Adamatos Shipping Co.Ltd. v. Anglo Saxon Petroleum Co.Ltd.*^{21[21]} In un procedimento diretto all'annullamento di un lodo riguardante il contrasto tra due clausole contenute in un contratto di noleggio di nave, la Corte d'appello di Genova si riferisce proprio ai precedenti inglesi per affermare che gli arbitri avevano

^{16[16]} Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, cit., p. 5

^{17[17]} Sul punto v. Sacco, *Rapport de synthèse*, ne *La circulation du model juridique français (Journées franco-italiennes)*, nei *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XLIV (1993), Parigi, 1994, p. 5 ss.; Alpa, *Foreign Law in International Practice*, in *Comparative Law Before the Courts*, cit., p. 195 ss.; ID., *Presentazione*, al libro di Somma, *L'uso giurisprudenziale*, cit. e più in generale *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000

^{18[18]} Trib. Treviso, 8.9.2003, in *Diritto marittimo*, 2005, p. 223 ss.

^{19[19]} Cass. SS.UU., 13.11.2000, n. 1169, *ivi*, 2002, p. 926

^{20[20]} App. Genova, 5.6.2000, *ivi*, p. 1118

^{21[21]} In *Lloyd's List Reports*, 1-1954, 89; 1-1957, 247; 1-1958, p. 73

errato nella applicazione della “Paramount clause”. La pronuncia è tanto più significativa, perché , per poter dare risalto alla propria interpretazione, i giudici genovesi non citano solo il precedente sopra riportato, ma anche il modo di esprimersi dei giuridici inglesi : le parti non avrebbero potuto inserire nel contratto “ una clausola soffocata nel suo nascere”, e quindi essa doveva sopravvivere, anziché cedere rispetto ad altra clausola considerata con essa in contraddizione e su di essa prevalente.

Altrettanto interessante è il caso deciso dal Tribunale di Venezia ^{22[22]} a proposito del sequestro conservativo di una nave ucraina ; il Tribunale disapplica il diritto ucraino, applica il diritto italiano, ma non trovando precedenti utili, si avvale di un precedente della Queen ‘s Bench Division per affermare il principio secondo il quale la firma del comandante vale ad obbligare l’armatore.

E persuasiva , anche se non particolarmente originale, è la sentenza del Tribunale di Biella ^{23[23]} che, in un contratto di trasporto di merci su strada, in cui le parti non avevano richiamato la Convenzione di Ginevra del 19.5.1956 (CMR) , ritiene che essa sia comunque applicabile al rapporto instauratosi tra le parti . Per giungere a questo risultato si rifà alla giurisprudenza di alcuni Paesi aderenti alla Convenzione (Olanda, Germania, Regno Unito e Francia).

A questi casi aggiungerei, senza peraltro descriverli nuovamente, tutti i casi scoperti da Alessandro Somma, da Antonio Gambaro e da me, in diverse occasioni di ricerca e di dibattito.

3. Tentativi di classificazione.

E’ comunque un dato di fatto inoppugnabile che le sentenze in cui sono utilizzati modelli di decisione stranieri sono nella nostra esperienza ancora una rarità. E forse sono molte di più di quelle che si riesce con fatica a rintracciare, perché il sistema di massimazione delle pronunce e quindi della loro classificazione e circolazione nell’ ambiente accademico e professionale si fonda essenzialmente sulla *ratio decidendi* , mentre la citazione della sentenza straniera appartiene, nella gran parte dei casi, all’ area degli *obiter dicta*, questi – in teoria – si potrebbero scoprire e classificare solo se si potessero leggere per intero le motivazioni delle migliaia di pronunce che ogni anno la Suprema Corte e le Corti di merito riescono a depositare.

Se si tiene conto dei casi via via emergenti negli ultimi anni e dei casi scoperti dalle ricerche svolte in questo torno d’anni, possiamo distinguere diverse tipologie di usi giurisprudenziali delle sentenze straniere:

- (i) (i) l’uso che potremmo denominare *risolutivo*, perché proprio la individuazione del modello straniero ha consentito al giudice di risolvere correttamente il caso assoggettato alla sua decisione;
- (ii) (ii) l’uso che Alessandro Somma ha definito *esornativo*, perché la citazione colta o meramente occasionale, o *en passant*, serve solo a rafforzare la convinzione del giudice della bontà della soluzione escogitata, ma non a condurlo alla soluzione, che avrebbe comunque trovato per suo conto, applicando il diritto nazionale;
- (iii) (iii) l’uso *erroneo* del modello straniero, quante volte la sentenza, l’istituto, la formula, il termine stranieri sono impiegati sulla base di un equivoco, di un *misunderstanding*, che tuttavia fa poco male perché di per sé non sarebbe in grado di orientare la soluzione , e se l’errore fosse stato evitato, non si sarebbe ribaltato l’esito del caso. Quest’ultima ipotesi è forse la più divertente, e potrei fare vari esempi, a cominciare dal fraintendimento del termine inglese di *good faith*, a cui i giudici italiani, favoriti dalla allitterazione delle parole, assegnano un significato simile alla “buona fede” e quindi alla “correttezza” proprie dalla nostra augusta tradizione. E’ noto che nel diritto inglese , di volta in volta, questa clausola è avvicinata alla ragionevolezza, alla lealtà processuale, oppure è considerata intraducibile o addirittura spregiativamente definita come “legal irritant”, ma raramente sovrapposta alla *fairness*.^{24[24]}

4. “Handle with care”: la complessità della comparazione dei modelli giurisprudenziali.

Confezionando *casebooks* in materia di diritti della persona, di diritto contrattuale e di responsabilità civile si percepisce la difficoltà del metodo comparativo che utilizza decisioni, piuttosto che pagine di dottrina o testi legislativi. Ciò perché , rispetto alle altre fonti del diritto, la giurisprudenza è il fattore più fluttuante nel tempo e nello spazio (anche all’interno del medesimo sistema giuridico). E soprattutto perché , essendo formata di tanti casi che a loro volta riposano su tante fattispecie diverse, per lo più complicate da variabili che spesso incidono in modo rilevante sulla qualificazione giuridica della vicenda – lo hanno dimostrato i risultati di un seminario dall’

^{22[22]} Trib. Venezia, 11.8.1999, ivi, 2001, p. 335

^{23[23]} Trib. Biella, 15.5.1998, ivi, 1999, p. 833

^{24[24]} In materia v. *Good Faith in European Contract Law*, a cura di Zimmermann e Whittaker, Cambridge, 2000

Institut de droit comparé e dall' Ecole nazionale de la Magistrature qualche anno fa^{25[25]} - costituisce sempre una fonte da "maneggiare con cura". Per noi poi che siamo ancora legati al ragionamento deduttivo, che procede dalla regola scritta piuttosto che non dalla regola formatasi attraverso l'accreditamento del giudice, la comparazione dei casi si presenta meno usuale di quanto non accada per il *common lawyer*. L'assoluto disinteresse per gli studi di diritto comparato che connota la formazione dell' avvocato e del magistrato nel nostro Paese dà poi il tocco finale alla penuria di risorse di cui dispone usualmente l'interprete (che avesse il tempo e la pervicacia di utilizzare anche le sentenze straniere) per individuare la soluzione corretta del caso che sta trattando rivolgendosi all'esperienza maturata oltre il confine.

Per nostra comune fortuna le cose stanno cambiando.

Già la giurisprudenza della Corte di Giustizia che considera fungibili le sentenze dei diversi giudici nazionali per consolidare gli orientamenti relativi alla applicazione delle direttive comunitarie, e l'indirizzo assai più severo che obbliga il giudice nazionale ad applicare le regole comunitarie , pena la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell' Unione, cui si aggiunge l'indirizzo della Corte di Cassazione, che non considera più il diritto straniero come un semplice *fatto*, ma gli restituisce la sua dignità di regola vincolante, sono tutti indizi di una svolta a cui stiamo assistendo in questo torno d'anni.

E gli stessi tentativi di identificazione di un "common frame of reference" promossi dai centri di ricerca europei e dalla stessa Commissione europea costituiscono un fattore trainante nella conoscenza dei diritti nazionali, nella penetrazione di modelli alternativi nei nostri indirizzi culturali e formativi, nella loro circolazione anche nelle aule di giustizia e non solo nelle aule universitarie^{26[26]}, "in the courtroom and classroom " direbbe il nostro Maestro.

Vorrei ricordare tuttavia un ulteriore *caveat*. Spesso, anche se non sempre, la soluzione del caso può essere determinata da circostanze esterne, di difficile decifrazione, oppure da condizionamenti culturali, e talvolta anche ideologici, piuttosto che non da ragioni di natura tecnica. I giusrealisti scandinavi e nordamericani sono stati illuminanti nel segnalare i percorsi per così dire metagiuridici che si formano nella mente del giudice e incidono sulla formazione della sua decisione. Basta ricordare lo splendido (e perfido) saggio di Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, scritto più di settant'anni fa, per persuadersi di ciò.

Si che per poter utilizzare i casi stranieri in modo appropriato è necessario calarli nel loro contesto culturale, sociale ed economico.

Esempio paradigmatico di questo assunto è dato dal caso della piccola D.G. , recentemente deciso dalla Corte di Cassazione, con sentenza del 29.7.2004 n. 14488 a proposito della responsabilità medica e del danno subito (oltre che dai genitori) dallo stesso figlio che nasca in condizioni di salute gravemente compromesse da malformazioni che potevano essere riscontrate nel feto ma non siano state disvelate ai genitori per un errore diagnostico dei medici.

E' una fattispecie di illecito classificato in termini di *wrongful life* e di *medical malpractice* , assai diffuso nella giurisprudenza nordamericana e nella giurisprudenza inglese, e da qualche anno anche nella nostra esperienza. Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione è analogo al caso *Perruche*, a suo tempo risolto dalla Cour de Cassation francese^{27[27]} con una decisione che aveva sollevato tante discussioni, non solo in Francia, ma anche in Italia e in Inghilterra, al punto da indurre il Parlamento ad intervenire e a regolare con una nuova normativa la responsabilità del medico. Come si ricorderà, alla figlia che era stata colpita dalla rosolia, trasmessale dalla madre, e che era nata in condizioni fisiche disastrose per effetto della malattia contratta nella fase della gestazione, la Cassazione francese riconobbe il risarcimento del danno da parte del medico che non aveva segnalato il pericolo alla madre, nel corso di un esame diagnostico prenatale. Sul caso *Perruche* Basil Markesinis, favorevole alla soluzione seguita dai giudici francesi, ha scritto pagine memorabili, argomentate non sulla questione tecnica del rapporto causale – che condurrebbe all'esito opposto - ma su argomenti di natura culturale, etica e sociale^{28[28]}.

Ma anche la sentenza italiana , che è di opposto avviso, è particolarmente interessante.

Nella motivazione della pronuncia la Corte di Cassazione riprende tutta la discussione dell' *affaire Perruche* e descrive anche i suoi epigoni legislativi. La novità e la rilevanza di questa decisione non riposano tuttavia sulla citazione della giurisprudenza straniera, quanto piuttosto sul fatto che l'analisi del modello straniero serve ai giudici italiani per risolvere la questione in modo *diametralmente opposto* a quello seguito dai giudici francesi.

^{25[25]} AA.VV., *Juges et jugements: l' Europe plurielle. L' élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Parigi, 1998

^{26[26]} Anche l' Avvocatura segue gli sviluppi del diritto privato europeo: ne sono prova i seminari che annualmente organizza il C.N.F. , raccogliendone poi gli atti pubblicati nella collana dello stesso C.N.F. edita da Giuffrè.

^{27[27]} Ass.Plen., 17.11.2000 ; v. la relazione del giudice Sargos, in *Sem.jur.*, 10438,n.50, p.2293 ss.; le conclusioni dell' Avvocato generale Sainte-Rose (ivi, p. 2302 ss) e la nota di Chabas, ivi, p. 2309

^{28[28]} *Réflexions d'un compartiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, in *Rev.tri.dr.civ.*, 2001, p. 77 ss.

Dobbiamo quindi aggiungere un'altra categoria alla classificazione sopra proposta dei casi che stiamo esaminando, che potremmo denominare di uso *alternativo*, o *contrapposto* a quello citato per la soluzione della vicenda *sub iudice*.

In sintesi, la vicenda nasce dall'azione promossa dai genitori della piccola D.G., in proprio e nella qualità di rappresentanti legali della figlia, nei confronti del medico al quale essi si erano rivolti per una visita specialistica; la madre, allora in stato di gravidanza, temeva di trasmettere geneticamente alla figlia la talassemia da cui era affetto il marito. Il medico aveva prescritto gli accertamenti di rito per la gravidanza, sul presupposto che il padre non fosse affetto da patologia alcuna, e comunque non aveva dato ai genitori alcun avvertimento circa i rischi in cui sarebbe incorsa la nascita. Questa peraltro, dopo il parto, risultò affetta da talassemia maior, con tutte le conseguenze negative che la vita avrebbe registrato per lei e per i genitori.

In primo grado il Tribunale di Brindisi aveva condannato il medico e la sua compagnia di assicurazioni a risarcire il danno ai genitori (per l'ammontare di lire 350 milioni). Questi però, non soddisfatti dell'esito economico della causa, proposero appello, sia perché ritennero che la somma liquidata fosse irrisoria, sia perché il Tribunale non aveva tenuto conto del danno risentito dalla figlia. La Corte d'appello di Lecce confermò la sentenza di primo grado, accertando la responsabilità professionale del medico perché "era suo compito disporre di tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione di gravidanza (...); anche a voler escludere il rimedio dell'aborto, i genitori avevano diritto ad essere informati della futura condizione del nascituro e prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato". La Corte fondava la responsabilità del medico sulla inosservanza del dovere di informazione e quindi ne traeva la conseguenza della commissione di un inadempimento contrattuale e di un illecito extracontrattuale. Riteneva anche congrua la somma complessivamente liquidata alla madre per danno alla salute e al padre, perché aveva subito un danno alla salute riflesso rispetto a quello subito dalla moglie; mentre non liquidava alcun danno alla figlia, non ritenendola legittimata a ricevere alcunché.

Sempre i genitori, in proprio e nella qualità, proponevano ricorso in Cassazione contro la sentenza dei giudici leccesi, sostenendo che il diritto alla salute garantito dalla Costituzione all'art.32 postula il "diritto per il nascituro di nascere sano o non nascere affatto".

La Corte respinge il primo motivo di ricorso, diretto appunto a far riconoscere il danno anche alla figlia, ma accoglie il secondo motivo, diretto a riconoscere ai genitori un risarcimento più sostanzioso, comprensivo non solo del danno biologico ma anche del danno economico derivante dalla alterazione della vita familiare comportata dalla nascita di una figlia che versi in gravi condizioni di salute.

L'elaborata e colta motivazione, che per ragioni di brevità espositiva non è possibile esaminare in tutte le sue pieghe, muove dalla qualificazione del rapporto contrattuale intercorso tra la gestante e il medico, rifacendosi alla figura elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche sul *contratto con effetti protettivi a favore del terzo* (Vertrag mit Schutzwirkung fuer Dritte). In questo senso, al nascituro si riconosce il diritto al risarcimento del danno, che insorge al momento della nascita, in quanto "il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di uno specifico interesse". Tuttavia non ravvisa nella specie un nesso causale tra la malattia della minore e il comportamento negligente del medico, nel senso che non è da quel comportamento che era insorta la patologia da cui sarebbe stata affetta la bambina.

Ma il ricorso non era stato prospettato secondo questa linea del ragionamento giuridico: il ricorso era fondato sul diritto del nascituro a nascere sano o a non nascere affatto. I giudici hanno inteso questa domanda come diretta a legittimare l'*aborto eugenetico*, ipotesi non contemplata, ma anzi riprovata dal nostro ordinamento. In altri termini, i giudici hanno affermato che esiste nel nostro ordinamento un "diritto a nascere sani"; questo diritto però si deve intendere nel senso che nessuno può provocare lesioni al nascituro, non nel senso che il nascituro non deve essere lasciato nascere se presenta gravi anomalie genetiche. La prima parte della motivazione si incentra dunque sulla interpretazione della legge sulla interruzione della gravidanza (artt. 5 e 6 della l. 22.5.1978, n. 194).

La seconda parte della motivazione tratta del problema del danno da *wrongful life*. Si cita – senza però fare riferimento a singoli casi – l'orientamento della giurisprudenza francese, tedesca e nordamericana diretta a riconoscere il danno solo ai genitori ma non anche al figlio nato malformato.

E finalmente si viene all'*affaire Perruche* in cui, all'opposto, la *Cour de Cassation*, con la decisione del 28.11.2001, ha riconosciuto il risarcimento del danno anche alla figlia. La Cassazione fa riferimento al dibattito insorto in Italia sul caso francese. La dottrina si è divisa, opinando alcuni che, non sussistendo il nesso causale tra comportamento del medico e stato patologico del nato, nulla si dovesse riconoscere a quest'ultimo, perché non avrebbe potuto che venire al mondo in quelle condizioni, e il venire alla vita (valore inestimabile) non

poteva certo esser considerato un valore negativo; ritenendo altri, al contrario, che il danno dovesse essere riconosciuto in quanto l'handicap aveva condannato la bambina a vivere una vita "ingiusta".

Il ragionamento della Corte diretto ad escludere il riconoscimento del danno al nato ripercorre tutto il dibattito dottrinale francese, e vi aggiunge ulteriori argomentazioni. Ad esempio, un'argomentazione di natura formale, e cioè che il "diritto a non nascere" è un diritto "adespota", in quanto non ha un titolare, sicché la sua violazione non vi può essere, né potrebbe essere un diritto suscettibile di essere esercitato. Vi aggiunge poi una ulteriore argomentazione, secondo la quale il nostro ordinamento tutela l'individuo fin dal suo concepimento "garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute". Infine, la Cassazione osserva che se si riconoscesse questo diritto al nato si riconoscerebbe anche un dovere della madre ad impedire la nascita del figlio per non esser causa del suo danno, configurandosi così una sorta di "obbligo di abortire", la cui violazione legittimerebbe il figlio a chiedere il risarcimento del danno alla madre.

E' curioso che la pronuncia non ricordi il caso, altrettanto emblematico, del danno risentito dall'eredoluetica. Un vecchio caso in cui i giudici di primo grado (il Tribunale di Piacenza^{29[29]}) avevano accolto la domanda di risarcimento del danno promossa dalla figlia luetica confronti del proprio padre, perché il padre l'aveva concepita nella consapevolezza che la propria malattia si sarebbe trasmessa al feto. Anche in quell'occasione si era discusso sul nesso causale e sulla possibilità di considerare il bene della vita come un disvalore. E il caso fu risolto – come ha proposto di risolvere casi simili Basil Markesinis, ma con grande scandalo della dottrina dell'epoca – in termini di valori morali, piuttosto che non in termini di causalità: non è giusto soffrire per tutta la vita, breve o lunga che essa sia, per un errore altrui (sia questo imputabile ai genitori o al medico, e sia l'errore anche solo di natura diagnostica). Peraltro lo stesso Markesinis, nel manuale scritto con Deakin sulla *Tort Law*,^{30[30]} sottolinea che il risarcimento del danno è stato consentito solo in ipotesi rare e marginali, essendo in tutti i sistemi giuridici "ostile l'attitudine delle corti a riconoscere il diritto al risarcimento del danno reclamato da minori disabili".

La Cassazione esclude il diritto al risarcimento del danno anche per altre ragioni. Perché "non esiste la categoria del c.d. danno esistenziale" (ed in questo non possiamo darle torto); e perché l'argomentazione che considera ingiusta la vita vissuta dal nato malformato non ha un fondamento giuridico: il feto non ha un diritto ma una "semplice aspettativa a nascere sano, dal momento che l'alternativa sarebbe quella di non nascere affatto e non quella diversa tra nascere sano o nascere malato per colpe altrui".

Insomma, il danno può essere riconosciuto non per errori diagnostici che non incidono sulle condizioni di salute del feto, ma su altri tipi di errori, conseguenti al trattamento sanitario di gestante e feto durante la gravidanza o al momento del parto.

Mi sembra che questa motivazione, accettabile o meno che sia l'esito cui perviene, sia espressione di alta cultura giuridica. E resta il rammarico che le sentenze dei nostri giudici non siano conosciute all'estero. Credo che sia doveroso, da parte della dottrina italiana, sopperire a questa esigenza, diffondendo quanto più possibile la conoscenza dei nostri casi all'estero. Ma credo che sia anche doveroso, da parte degli avvocati, conoscere le pronunce straniere più rilevanti, per poter difendere compiutamente i diritti dei loro assistiti, invocandoli dinanzi ai giudici nazionali, soprattutto quando debbono trattare *hard cases*, in cui il giudice potrebbe ancorarsi a modelli stranieri per pronunciare una sentenza *giusta*.

^{29[29]} In *Foro it.*, 1951, I, 987; e v. lo splendido commento di Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv.dir.civ.* 1956, I, 634. Per gli aggiornamenti sulla giurisprudenza italiana v. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, nella collana *Istituzioni di diritto* diretta da Irti, Roma-Bari, 2003, p.223 ss.

^{30[30]} Markesinis e Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Oxford, 1999, p. 277 ss.