

CAPITOLO I

LA COMPARAZIONE GIURIDICA

1. INTRODUZIONE

1.1. *Il diritto comparato*

Ordinamenti diversi conoscono regolamentazioni diverse dei medesimi fenomeni. Un esempio tipico è quello del trasferimento di proprietà: mentre in Italia la proprietà passa, salvo casi particolari, con lo scambio dei consensi in base all'art. 1376 c.c. (derivante dall'art. 1138 *code civil* francese), in Svizzera, Austria, Grecia e Spagna la proprietà si trasferisce secondo il modello romanistico: la proprietà si acquista con l'atto reale (*modus acquirendi*), posto in essere in esecuzione del contratto obbligatorio (*titulus acquirendi*) e consistente, per i beni *immobili* (salvo che in Grecia), nell'iscrizione dell'atto di acquisto nei libri fondiari (intavolazione); per i beni mobili, nella consegna. Anche in Germania si ha la separazione del *titulus* dal *modus acquirendi*; ma è caratteristica del modello tedesco il principio di astrattezza: l'atto reale di esecuzione (rispettivamente: intavolazione o consegna della cosa) prescinde dalla validità del sottostante contratto obbligatorio, sicché, quand'anche quest'ultimo contratto sia invalido, per ottenere il ritrasferimento della proprietà del bene occorre un'apposita azione. Per contro, in Svizzera, Austria e, nel nostro ordinamento, nel Trentino Alto Adige l'atto traslativo non è astratto: pertanto, qualora, ad esempio, sia nullo il contratto obbligatorio di vendita, automaticamente cade anche l'atto traslativo (v. Cap. IV, n. 3.4.3.).

Altri esempi di differente regolamentazione dei medesimi fenomeni possono trovarsi nel diritto delle successioni: in Italia la quota di legittima è indisponibile (anche se il coniuge è straniero), in Germania è disponibile; in Italia sono vietati i patti successori (art. 458 c.c., che fa salvo quanto ora disposto dall'art. 768-*bis* ss. c.c.) e i testamenti congiunti (reciproca istitu-

zione di erede di due persone nella medesima scheda), mentre in Germania entrambi gli istituti sono ammessi.

1.2. *Diritto comparato, diritto internazionale privato, diritto straniero*

Il diritto comparato non va confuso con il diritto internazionale pubblico o privato: quest'ultimo serve a risolvere i conflitti di leggi qualora una fattispecie presenti elementi di estraneità rispetto al diritto interno; serve ad individuare, quindi, la legge applicabile al caso specifico. La disciplina internazionalprivatistica risponde, ad esempio, alle domande: quale diritto regola il matrimonio tra un italiano e una straniera? Quale diritto regola il pegno su di un bene mobile che è trasportato attraverso vari Stati?

Possiamo definire il diritto internazionale privato una branca del diritto positivo interno, destinata a regolare le fattispecie con elementi di estraneità rispetto al diritto nazionale. Il diritto privato comparato è invece la comparazione scientifica dei sistemi giuridici, volta a studiare somiglianze e differenze dei vari sistemi, e a prendere in considerazione le diverse applicazioni pratiche e sociali. Peraltro, il diritto comparato e quello internazionale privato hanno comunque dei nessi: l'esperto di diritto internazionale privato, nel risolvere problemi, deve necessariamente avere una conoscenza dei diritti stranieri ed è quindi nelle condizioni di fare delle comparazioni.

Infine, occorre percepire la differenza tra diritto comparato, che si occupa della comparazione fra sistemi diversi, e il diritto straniero, che invece è lo studio del diritto di un altro paese.

2. CENNI STORICI SUL DIRITTO COMPARATO

2.1. *Le origini*

I primi esempi di comparazione giuridica sono rinvenibili già nei *Nomoi* di Platone e nella *Politica* di Aristotele: entrambi i filosofi proponevano un raffronto del diritto delle *poleis*. Si tratta però di speculazioni filosofiche basate sulla comparazione. Un esempio più moderno è dato da Teofrasto, della cui opera *Delle leggi* resta un solo frammento, dal quale si riesce nondimeno a dedurre che la comparazione importava la ricerca dei principi comuni e delle differenze nei diritti delle varie *poleis*. Non ritroviamo, invece, alcun esempio nella storia dell'impero romano: assenza spiegabile per la convinzione dei Romani della supremazia del loro diritto e del loro Stato.

Primi esempi di comparazione all'interno del medesimo Stato si trovano dopo il 1350 in Francia, dove sussisteva la divisione tra paesi di diritto scritto (regioni meridionali) e paesi di diritto consuetudinario (regioni settentrionali). Quando nel nord fra le circa 300 consuetudini (*coutumes*) esistenti assunse grande importanza quella di Parigi, si iniziò a comparare quest'ultima con le altre. Si tratta però di una comparazione interna, che resta ferma al singolo Stato (come comparare, oggi, le norme altoatesine sul trasferimento di proprietà con quelle del resto di Italia). Altri esempi di diritti diversi esistenti nel medesimo Stato sono il sistema della Provincia del Québec (alla quale, con un voto della Camera dei comuni del 27 novembre 2006, è stato riconosciuto lo *status* di «nation» in seno al Canada unito), che è diverso da quello del resto del Canada, nonché la situazione negli Stati federali come gli Stati Uniti, dove ciascuno Stato dispone anche di una propria legislazione nazionale; ma si pensi pure alla Confederazione svizzera dove sono in vigore 26 codici di procedura civile cantonali).

La forma più importante di comparazione è tuttavia quella che richiede il raffronto tra diversi sistemi nazionali. Per arrivare ad una comparazione esterna bisogna attendere Grozio (il cui *De iure belli ac pacis* viene considerata l'opera di fondazione del diritto internazionale), Pufendorf (che ebbe la prima cattedra di diritto naturale all'Università di Heidelberg) e in particolare Montesquieu (che con *Lo spirito delle leggi* e le *Lettere persiane* studiò le leggi e le consuetudini di vari Stati).

La vera nascita di questa disciplina viene di solito ricondotta al 1900, quando, in occasione della grande Esposizione Mondiale di Parigi, Lambert e Saleilles organizzarono il primo Congresso Internazionale di Diritto Comparato (considerato, appunto «l'atto di nascita del diritto comparato moderno»: Gutteridge), che raccolse i principali comparatisti del mondo. Nonostante vi fossero stati dei precursori, durante il Congresso fu sottolineato da Pollock che «il diritto comparato, così come lo intendiamo oggi, è una delle scienze più moderne; gli uomini ancora viventi lo hanno visto nascere»; e dal Kohler che «la scienza di diritto comparato è un prodotto delle scienze moderne».

2.2. La partizione di Costantinesco

La storia del diritto comparato moderno è suddivisa, secondo una partizione diffusa, proposta dal comparatista rumeno Costantinesco (*Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996; v. anche ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*, Napoli, 1974), in tre periodi, cui egli aggiunge un quarto periodo, che è quello moderno.

2.2.1. 1800-1850. – Questo periodo è contrassegnato dall'attività di alcune singole personalità. Tra queste, un ruolo di primo piano compete al tedesco Karl Salomon Zachariae, professore all'Università di Heidelberg dal 1807. Benché vivesse nel Granducato del Baden, in Germania, egli si trovò a soggiacere al *Code Napoléon* (promulgato nel 1804), adottato dal Granduca del luogo per sua libera scelta (nel resto della Germania vigeva invece – ad eccezione di alcuni Stati, in cui il *Code* era stato esportato con l'espansione napoleonica – lo *ius commune* di origine romanistica secondo l'interpretazione offerta dall'*usus modernus pandectarum*): è proprio in seguito a tale recezione, che comunque aveva comportato degli adattamenti all'originario *Code Napoléon*, che venne scritta l'opera di Zachariae. Il *Code Napoléon* soffriva la mancanza di un'opera sistematica, essendosi in un primo tempo dedicata la scuola francese allo studio di tale codice secondo il metodo dell'esegesi e lo strumento del commentario. Per supplire a questa mancanza, in Germania venne fondata una scuola di giuristi detta *Die badisch-französische Schule*, all'interno della quale Zachariae scrisse la prima opera sistematica di diritto francese per illustrare la nuova codificazione recepita dai tedeschi. La rilevanza che per queste ragioni venne assumendo il *Code Napoléon* in un territorio ove pur vigeva l'*usus modernus pandectarum* portò la nuova scuola a un interesse per lo studio del diritto comparato. E infatti Zachariae, insieme a Karl Joseph Anton Mittermaier, professore ad Heidelberg dal 1821 (dove anche il primo insegnò per oltre trenta anni: 1807-1843), fondò la prima rivista di diritto comparato: la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, la cui pubblicazione durò dal 1829 al 1856. Zachariae giustificò così la fondazione della Rivista nella prefazione: «se da questo panorama sull'attuale scambio letterario tra popoli europei da una parte, e sullo stato del diritto esistente precedentemente tra gli Stati europei dall'altra si può far discendere che quello che avviene in uno degli Stati europei a livello di legislazione o di dottrina interessa anche gli altri Stati e popoli europei, allora l'esistenza di tale rivista, che si propone di far conoscere al pubblico tedesco il diritto degli altri Stati e di facilitare la conoscenza delle opere giuridiche straniere non ha bisogno di alcuna giustificazione».

Di particolare rilievo è anche l'opera di Mittermaier (sul quale, di recente: BENTIVEGNA, *Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari*, Napoli, 2003). Questi era un processual-penalista, che venne incaricato di redigere un progetto di codice penale. Per predisporlo, studiò le legislazioni penali di altri paesi, attuando quindi una forma di comparazione. Mittermaier è più moderno di Zachariae: egli si preoccupò di comprendere la regola giuridica per come esisteva nella realtà sociale; in particolare, non si limitò (come invece allora era prassi) a raffrontare le legislazioni, ma tenne conto anche degli

altri formanti dell'ordinamento, ossia della dottrina e della giurisprudenza. Fu un esperto di livello così alto che molti Paesi, nel provvedere a nuove codificazioni, lo consultarono (qualcosa di simile accade oggi per i paesi ex-socialisti, che devono darsi nuove leggi o nuovi codici e per questo si rivolgono a giuristi occidentali). Contestuale al lavoro di detti giuristi è l'opera del francese Foelix, che, tra il 1834 e il 1850, fondò la *Revue étrangère de législation*. Dal titolo delle opere di questo periodo si deduce come la comparazione era allora intesa: un raffronto di mere legislazioni, ben diverso dalla comparazione odierna che richiede la conoscenza anche della realtà socio-economica dei vari sistemi.

2.2.2. 1850-1900. – Anche questo periodo è segnato dalla presenza di grandi personalità: ad esempio, Joseph Kohler e Levin Goldschmidt, il quale scrisse una importante storia del diritto commerciale e nel 1858 fondò la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (ZHR). La rivista si occupava inizialmente non solo di diritto commerciale tedesco, ma anche di diritto commerciale comparato. La ZHR è ancora oggi nota in tutto il mondo, ma non si occupa più di diritto comparato.

In questo secondo periodo inizia a essere istituzionalizzato lo studio del diritto comparato. In questo senso molto attiva è la Francia. Nel 1869 viene fondata la *Société de législation comparée*, che esiste ancora oggi; nello stesso anno tale società fondò la *Revue internationale de droit comparé*. Anche in Germania venne fondata nel 1878 una rivista specificamente dedicata al diritto comparato, la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.

L'apporto dell'Italia in questo periodo è dato dal palermitano Emerico Amari (1810-1870). Al suo tempo, egli non ebbe molta fortuna, ma fu poi riscoperto e valorizzato dai filosofi del diritto, prima, e dal Mittermaier, poi. Già nel 1845 egli iniziava, a Palermo, il suo corso leggendo una prolusione (mai pubblicata, e reperibile soltanto negli archivi della biblioteca comunale di Palermo) dal titolo *Della necessità e delle utilità dello studio della legislazione comparata*. Nel 1857 pubblicò, esule a Firenze, la *Critica di una scienza della legislazione comparata* (opera divisa in due volumi). Mittermaier considera Amari il padre del diritto comparato moderno, perché egli andò oltre la semplice giustapposizione di norme, arrivando allo studio del diritto vivente, del *law in action*: non si fermò allo studio delle legislazioni, ma arrivò anche allo studio di quelli che poi saranno chiamati i formanti dell'ordinamento. In particolare, Amari parla del «disonorante divorzio tra scienza e giurisprudenza» e insiste affermando che «il legislatore parla una volta sola, la giurisprudenza a ogni istante. Il giureconsulto è legislatore in anticipo, legislatore in piccolo, ma vero legislatore». Quale è dunque, nella concezione di Amari, la funzione del diritto comparato? Il

diritto comparato moderno, secondo il professor Jayme dell'Università di Heidelberg (in uno scritto dedicato proprio alla figura di Amari) deve servire a mettere in luce l'unità del diritto o almeno le somiglianze tra le diverse legislazioni delle varie nazioni. Questa nuova funzione qualifica come moderno il diritto comparato, anche secondo l'impostazione delle più aggiornate scuole comparatistiche americane. È peraltro da ricordare che per Amari l'uniformità imposta a Paesi di diverso sviluppo o tradizione era ingiusta, perché comportava una prevaricazione a danno dei Paesi più deboli.

2.2.3. 1900-1950. – Il 1900 è la data del Congresso di Parigi organizzato, come detto, da Édouard Lambert e Raymond Saleilles. Lambert aveva del diritto comparato una visione utopistica: aspirava alla formazione di un diritto comune dell'umanità e sperava che la comparazione potesse portare alla cancellazione delle diversità tra le legislazioni, che dividono i popoli con lo stesso grado di civilizzazione e di sviluppo economico. Saleilles, da parte sua, attribuiva alla comparazione lo scopo (che i moderni giustamente reputano limitato: Sacco) di «ricavare dall'insieme delle istituzioni particolari una base comune, o quanto meno punti di contatto capaci di mettere in luce l'unità fondamentale della vita giuridica universale».

In questo periodo, dopo la prima guerra mondiale, avviene la fondazione dei grandi istituti di diritto comparato. Nel 1924 fu creata l'*Académie internationale de droit comparé*; nel 1926 venne fondato in Berlino (sotto la direzione di Ernst Rabel, con la collaborazione di Heymann, Titze e Wolff) l'*Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, trasferito dapprima a Tubinga (dove prese il nome, nel 1949, di *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*), e successivamente ad Amburgo, dove ancor oggi si trova (per cenni storici v. il *Vorwort* di Basedow e Hopt, nel volume collettaneo a cura dei medesimi, *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, 2001). Sempre nel 1926, su proposta di Antonio Scialoja, fu fondato a Roma, dalla Società delle Nazioni, l'*Institut international pour l'unification du droit privé* (UNIDROIT: l'acronimo deriva, appunto, dalla combinazione delle parole francesi *unification* e *droit*), oggi sostenuto da 61 Stati, e che al suo interno ha una notevole biblioteca, anche se non paragonabile con quella di Amburgo. Altro importante istituto di diritto comparato è quello di Losanna.