

## CAPITOLO I

# INTRODUZIONE AL DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del diritto comparato e del suo insegnamento. – 2. Natura del diritto comparato. – Diritto comparato e diritto positivo. – Diritto comparato e diritto straniero. – Rapporti fra diritto comparato e altri rami della scienza giuridica. – 3. Funzioni e fini del diritto comparato. – Diritto comparato e conoscenza. – Diritto comparato e universalità della scienza giuridica. – Diritto comparato e comprensione. – Diritto comparato e comunicazione. – Diritto comparato e politica legislativa. – Diritto comparato e interpretazione del diritto nazionale: un dialogo tra corti? – Diritto comparato, globalizzazione e armonizzazione del diritto. – 4. La varietà dei diritti positivi. – Forme e manifestazioni della varietà. – Fattori di avvicinamento. – 5. Comparazione giuridica e classificazioni: le famiglie giuridiche. – Il carattere relativo di ogni classificazione. – Le classificazioni proposte. – Qualche riflessione conclusiva sul tema delle classificazioni. – APPENDICE I.

### 1. L'evoluzione del diritto comparato e del suo insegnamento

È ormai dalla fine degli anni '70 che gli insegnamenti comparatistici si sono sempre più diffusi nelle facoltà italiane non solo giuridiche ma anche in corsi di laurea pertinenti ad indirizzi di studio quali economia, scienze politiche, scienze della formazione, lettere, lingue. La comparazione, in altre parole, si è venuta affermando in tutta la sua necessità per la formazione di giuristi, di diplomatici, di operatori di pace, di mediatori culturali, di operatori economici. La globalizzazione dell'economia, l'intensificarsi dei rapporti commerciali e culturali con mondi fino a pochi lustri or sono semi-nascosti all'occhio dell'occidente (dalla Cina al Giappone ai Paesi Islamici) hanno fatto il resto, favorendo la crescita e la diffusione degli insegnamenti comparatistici, in Italia come in altri paesi.

Fra questi spicca, quale propedeutico ai tanti insegnamenti settoriali (ad esempio, il diritto privato comparato, o il diritto costituzionale comparato) e areali (ad esempio, il diritto anglo-americano o il diritto cinese), l'insegnamento di "Sistemi giuridici comparati", un corso, spesso obbligatorio, di introduzione ai grandi sistemi giuridici contemporanei.

L'obiettivo principale di un corso di "Sistemi" è quello di stimolare lo studente alle prese con le prime nozioni del proprio diritto interno, positivo e storico, a prendere coscienza immediata dell'esistenza di altre e diverse tradizioni giuridiche, di altri modi di concepire il diritto, di altri protagonisti della vita e dell'evoluzione del diritto, delle ragioni delle convergenze, ma anche, e forse soprattutto, delle differenze fra i vari sistemi giuridici.

Tenteremo, in questo capitolo, di cominciare a dare risposte via via più precise sul significato da attribuire all'espressione «Sistemi giuridici comparati» e al confronto critico e ragionato (e cioè alla comparazione) fra di loro.

Tuttavia, fin da ora, e in via di introduzione, occorre riflettere su un fatto che è sotto gli occhi di tutti, ossia la crescita di interesse per gli altri sistemi giuridici, sia a livello pratico sia a livello teorico.

In effetti, il fenomeno della diversità dei vari sistemi giuridici è costante nel corso della storia; l'attenzione consapevole degli studiosi del diritto nei suoi confronti è invece relativamente recente e risale agli inizi del XX secolo.

Prima di allora, occasionalmente, storici, filosofi, e anche giuristi hanno mostrato interesse per la diversità delle istituzioni giuridiche e delle norme di altri paesi, ma studi più sistematici e maturi non appaiono prima della fine del XIX secolo.

Come **curiosità storiche** possiamo ricordare Platone che nell'opera *Le Leggi* fa una comparazione delle città stato della Grecia, o Aristotele che pone alla base del suo trattato sulla *Politica* l'analisi delle costituzioni di molte città greche e barbare. La leggenda narra poi che i decemviri redassero la legge delle XII Tavole, una delle fonti più antiche del diritto romano, dopo aver condotto un'indagine sulle città della Magna Grecia. In tempi più recenti, Sir John Fortescue (1395(?)-1479), nel *De Laudibus Legum Angliae*, si propone, in un certo senso, come comparatista, anche se lo scopo della sua comparazione fra diritto inglese e diritto francese è quello di far risaltare la superiorità del diritto inglese. Montesquieu – uno dei più illustri pensatori politici dell'epoca moderna, padre della famosa dottrina della separazione dei poteri su cui si fonda l'assetto dello stato dopo la Rivoluzione francese – nella sua opera *L'Esprit des Lois* guarda per la prima volta al diritto come fenomeno sociale, e considera la diversità dei vari diritti quale prodotto di diversità naturali, storiche, politiche, etniche e di altri fattori dell'assetto sociale. In ogni caso si tratta spesso, più che di consapevole uso del metodo comparativo, di geografismo e, soprattutto nel caso di Montesquieu, di aspirazione a un modello di diritto superiore. Le leggi, i vari diritti, vengono comparate non tanto fra di loro quanto con riferimento a un modello astratto.

Il **XIX secolo** è invece caratterizzato da una chiusura netta nei confronti di ciò che è estraneo, è il secolo delle codificazioni e dello statualismo. Ciò è particolarmente vero in Francia, dove per lungo tempo la visione dominante è quella propria della scuola esegetica che si chiude nella contemplazione del monumento Code, ostile ad ogni altra fonte interna o straniera. In Germania, gran parte del secolo è dominata dalla figura di Savigny e della scuola storica, per la quale il diritto è il risultato necessario dell'organizzazione interna della nazione e della sua storia, che nel caso tedesco si riteneva esprimesse una cultura giuridica ispirata alla tradizione romanistica, che assurgeva quindi a carattere di “diritto tedesco” a tutti gli effetti. Pur con differenti declinazioni nelle aree rispettivamente francese e tedesca, la seconda metà del secolo è quindi pervasa dal positivismo, giurisprudenziale o legislativo, e dalla percezione del diritto come fenomeno eminentemente nazionale.

Non mancano, pur in questo clima, alcuni eventi che testimoniano l'interesse della cultura giuridica per la comparazione. Sono, ad esempio, della seconda metà dell'800 la fondazione in Francia della *Société de Législation Comparée* (1869), e, a cura di tale ente, di una rivista che dal 1949 continua ancora oggi con il titolo *Revue inter-*

*nationale de droit comparé*; è del 1878 il primo numero della *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, rivista in origine prevalentemente destinata a studi antropologici, e ormai vicina all'annata n. 150; risale al 1894 la fondazione a Londra della *Society of Comparative Legislation*, che, dopo il *Journal of Comparative Legislation and International Law*, continua ancora oggi (dal 1952) a pubblicare una prestigiosa rivista, l'*International and Comparative Law Quarterly*. Si snoda poi nel corso del XIX secolo l'opera di EMERICO AMARI, autore nel 1857 della *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (ristampata a Palermo nel 1959 a cura delle Edizioni della Regione Siciliana, con *Introduzione* di VITTORIO FROSINI), assai opportunamente ricordato da GIUSEPPE PORTALE, nelle sue *Lezioni di diritto privato comparato*, come

«padre del diritto comparato moderno, perché egli andò oltre la semplice giustapposizione di norme, arrivando allo studio del diritto vivente, del *law in action*» (p. 7).

Al diritto comparato nella sua connotazione odierna può essere attribuita una **data di nascita: il 1900**, quando si svolge a Parigi, sotto l'impulso di due grandi giuristi francesi, Raymond Saleilles e Edouard Lambert, il Congresso internazionale di diritto comparato, nel clima dell'esposizione mondiale, un clima di fiducia esaltante nella scienza e nel progresso. L'idea utopica dei due giuristi era quella di un diritto comune dell'umanità. Doveva crearsi un diritto mondiale, e lo strumento per giungervi doveva essere il diritto comparato, in quanto esso serve a ricavare i principi comuni da leggi, sentenze, prassi, dottrina dei vari sistemi. Il diritto comparato doveva cioè servire a superare le barriere tra i diversi diritti e le diverse concezioni giuridiche, create da mere contingenze e da accidenti storici, e non da profonde e intrinseche ragioni di fondo (si vedano: SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, p. 383 ss.; LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*).

In effetti, il **periodo che va dal 1900 agli anni '30**, gli anni della depressione, dei totalitarismi, degli isolazionismi, gli anni che vedono l'esplosione di una guerra dalle proporzioni spaventose, è un periodo di lancio euforico del diritto comparato sulla scia di tanti fattori: lo sviluppo della comparazione nelle scienze esatte; il cosiddetto «clima dell'Aja» (ANCEL, *Utilità e metodi*, p. 17), che produce convenzioni volte a istituire una corte permanente di arbitrato per risolvere pacificamente le controversie fra gli stati e una serie di convenzioni volte ad unificare le norme di diritto internazionale privato in materia di procedura, di matrimonio, divorzio, filiazione e tutela, di successioni e testamenti; la comparsa e l'entrata in vigore, proprio il 1° gennaio 1900, di un nuovo codice, il codice civile tedesco, che per tanti aspetti si distingue e si contrappone al codice civile francese, stimolando così un confronto fra i due; la formazione di nuovi stati dopo la prima grande guerra, ansiosi di dotarsi di un proprio diritto e quindi naturalmente aperti all'indagine sulle soluzioni più promettenti offerte da altri ordinamenti; la presa di coscienza reciproca, anche a causa della prima guerra mondiale che coinvolge paesi appartenenti ad ambedue le aree, fra paesi di tradizione romanistica e codicistica da un lato, e paesi di common law dall'altro; l'affermazione, con la Rivoluzione d'ottobre del 1917, di una nuova famiglia, ispirata ai principi della dottrina marxista, ossia la famiglia giuridica socialista che dominerà la Russia, e una gran parte dei Paesi dell'Europa Orientale, fino al dissolvimento dell'impero sovietico nei primi anni '90 del secolo scorso, e che con-

tinua ad essere presente in alcuni altri Paesi del mondo fra i quali la Corea del Nord, la Cina e Cuba, pur non senza incertezze e tentennamenti. È anche il periodo in cui, superato lo spettro della guerra, si avverte l'esigenza di una cooperazione non solo politica ma anche giuridica internazionale che si traduce nella costituzione di una Società delle Nazioni (1920) e di una Corte internazionale di giustizia per la soluzione pacifica delle controversie fra gli stati, nel tentativo, vano come dimostreranno gli eventi successivi (in una certa misura anche quelli odierni), di evitare il ricorso alla guerra.

**Il mondo che si sveglia dall'incubo dei campi di concentramento e della seconda guerra mondiale** è un mondo caratterizzato da uno straordinario progresso tecnologico, e al tempo stesso e in larga misura forse proprio per questo, dal bisogno di sopravvivenza. È un'epoca di esigenze nuove per cui è necessario un nuovo diritto, o meglio la consapevolezza che il diritto è un fenomeno sociale in continua trasformazione. In questo mondo, in questa nostra epoca, è essenziale il contributo che la comparazione può portare allo sviluppo del nuovo diritto, adeguato alle esigenze in continuo rinnovamento del mondo contemporaneo: contributo che si esprime nella ricerca di valori, di regole, di istituti di portata tendenzialmente sovranazionale e universale basata sull'analisi realistica e induttiva dei vari ordinamenti (v. per queste idee il saggio di CAPPELLETTI, *Il diritto comparato e il suo insegnamento*, p. 265 ss.).

L'epoca attuale non è più solo contrassegnata dalla facilità degli scambi, e da uno sviluppo tecnologico che pure fino a poco tempo fa ci sembrava straordinario: televisione, social media, streaming tanto per fare gli esempi più ovvi e noti. Oggi dobbiamo andare ancora più avanti, dobbiamo familiarizzarci con l'evoluzione di internet, con i big data, con l'algoritmo, l'intelligenza artificiale, la robotica, «che pongono problemi inediti ai giuristi, e al tempo stesso vengono percepiti come un'opportunità per l'analisi giuridica che sfida il paradigma dell'interprete umanista e colto e prende le sembianze di intelligenze di intelligenze algoritmiche applicabili in tutti i campi, dalla contrattualistica ... alla giurisprudenza predittiva», così AJANI, FRANCAVILLA, PASA, *Diritto Comparato*, I, p. 43). Come è possibile, in un contesto evolutivo di tal fatta considerare il diritto come un fenomeno puramente nazionale, refrattario alle influenze esterne? Nel momento stesso in cui si comincia a prendere contatto con il fenomeno giuridico, con le sue tecniche, con la sua radice storica, occorre rendersi conto che esistono altre dimensioni del diritto, altre tecniche, altre storie. Ad esempio, quel codice civile che ci accompagna fin dai primi giorni dei nostri studi giuridici non dobbiamo darlo per scontato: dobbiamo capire perché siamo arrivati ad avere un codice, dobbiamo capire perché altre tradizioni giuridiche non hanno un codice, o hanno qualcosa che pur andando sotto il medesimo nome, è profondamente diverso dal codice francese, da quello tedesco o dal nostro. Lo stesso tipo di riflessione dobbiamo farla con riferimento alle costituzioni: rigida o flessibile? scritta o non scritta?, e a certi istituti che delle costituzioni sono un attributo e una garanzia fondamentali, quali il controllo di costituzionalità delle leggi: controllo giudiziario o controllo politico? controllo diffuso o controllo accentrato? perché l'uno o l'altro?

Come vedremo meglio in seguito (in questo capitolo, § 3), inoltre, il fenomeno globalizzazione, e l'armonizzazione perseguita in vari campi sia a livello regionale sia

a livello mondiale, che si accompagnano alla crisi dell'idea di un diritto monopolio dello stato e del legislatore nazionale, offrono oggi al comparatista un ruolo fondamentale non solo per quello che riguarda l'individuazione delle vie appropriate e della misura opportuna della convergenza ma anche, e forse soprattutto, la comprensione delle divergenze.

Che tutti gli eventi che abbiamo ricordato (e non solo quelli, si intende) abbiano prodotto un **forte sviluppo della comparazione** è evidente **sia sotto il profilo scientifico sia sotto il profilo didattico**. Sotto il primo profilo, è innanzi tutto aumentata la produzione di opere sistemologiche. Le opzioni dei primi anni '70 erano limitate a pochi testi: spiccava la traduzione italiana, curata da Rodolfo Sacco, di *Les grands systèmes de droit contemporains* (la prima edizione è Padova, Cedam, 1967; l'ultima è la quinta, 2004).

Poi sono venuti C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, Giappichelli (1973); A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè (l'ultima edizione è del 1998, ma nasce come *Corso di Diritto Comparato* nel 1983); K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992, rist. 1998; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, 7<sup>a</sup> ed., Torino, UTET (2018, con P. ROSSI ma nasce in edizione litografata con Giappichelli, Torino, 1980); A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, 4<sup>a</sup> ed., Torino, UTET, 2018 (la prima edizione è del 1996); U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997; M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, Laterza, 2000 (ma la stessa opera era già uscita nel 1978 per i tipi di Einaudi, Torino); A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, 6<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2014; e il più recente, e originale, M. BUSSANI, *Introduzione al diritto comparato. Un breviario della globalità* (con il contributo di M. INFANTINO), Milano, Mondadori Education, Le Monnier, 2022. Ai manuali di taglio più tradizionale si accompagna, di recente, una produzione più originale. Si va dalla personalissima «Traccia» di M. LUPOI (*Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001) ai «casi e materiali» che sempre più frequentemente vengono proposti come testo primario e non più solo complementare al manuale (G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Torino, Giappichelli, 2005; G. AJANI, D. FRANCAVILLA, B. PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, Giappichelli, 2018; degli stessi autori si veda il recentissimo *Diritto comparato*, in tre – volumi corrispondenti alle tre parti in cui si articolava la precedente edizione in un solo volume – Torino, Giappichelli, 2023; S. FERRERI, A. PILETTA MASSARO, *Casi di comparazione giuridica*, Milano Giuffrè, 2024). Altri testi hanno un prevalente carattere di rassegna paese per paese: v. ad esempio L. ACQUARONE, G. CRESPI REGHIZZI, *Sistemi giuridici nel mondo*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2016. Ricostruisce i “Sistemi” sulla base della analisi del diverso atteggiarsi di alcuni temi di fondo (values, repression of crimes, judges and jurisdiction ecc.) V. ZENO ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems*, Roma TrE-Press, 2017. Nel 2020, è uscita per Mimesis una raccolta di studi, *Comparare. Una riflessione tra discipline*, curata da G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH, ove la comparazione è studiata da una serie di prospettive, anche non giuridiche, fra cui spiccano quella sociologica, storica, letteraria. Va infine ricordata la serie denominata “Sistemi giuridici comparati” curata da A. PROCIDA MIRABELLI DI

LAURO, e pubblicata da Giappichelli. Essa comprende opere di L. COSTANTINESCO, U. MATTEI, P.G. MONATERI, G. AJANI, M. GUADAGNI, F. CASTRO.

Anche fuori dal nostro paese è visibile, in epoca recente, la fioritura di molti trattati di diritto comparato. Se fino a qualche lustro fa, esistevano soltanto i casebook di Merryman, Schlesinger, Glendon, oggi la produzione si estende a varie altre opere. Si pensi ai libri di Glenn, Menski, Head, Siems, Kischel e alle trattazioni enciclopediche curate da case editrici prestigiose quali Cambridge U.P. (*The Cambridge Companion of Comparative Law*, M. BUSSANI, U. MATTEI eds., 2012) e Oxford U.P. (*The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. REINMAN, R. ZIMMERMANN eds., 2<sup>nd</sup> ed., 2019).

In secondo luogo, è cresciuta la produzione di studi specialistici dedicati a questo o quell'aspetto o istituto di diritto straniero, o di monografie comparatistiche.

Infine, ed è forse questa la notazione più importante, è chiaramente visibile la crescita della curiosità e della sensibilità per il diritto straniero e comparato da parte dei giuristi non professionalmente militanti fra le fila dei comparatisti. Non è oggi possibile essere giuristi se non si è anche, in qualche misura, comparatisti. Come scrivono GAMBARO, MONATERI e SACCO nella loro voce (*Comparazione giuridica*, p. 49) negli ultimi anni la letteratura nazionale ha

«raramente fornito scritti di rilievo che non siano nutriti di informazione comparatistica».

Le enciclopedie giuridiche dell'ultima generazione, dal canto loro, dalla *Enciclopedia Giuridica Treccani* al *Digesto IV*, contengono numerose voci di diritto straniero e comparato. Del pari, è ormai prassi che anche le riviste giuridiche, tradizionalmente dedicate al diritto interno, rivolgano lo sguardo al di fuori dei confini nazionali, anche, ma non esclusivamente, dedicando apposite rubriche al diritto straniero e comparato. Sono poi nate, o rinate, riviste che hanno la comparazione come loro oggetto principale: mi riferisco, rispettivamente, alla *Comparative Law Review* (dal 2010) e all'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (rifondato nel 2010). Infine, in questo contesto, non è fuori luogo ricordare anche la fortuna del genere letterario "traduzioni", sicuramente dovuta all'interesse per il diritto e la cultura giuridica non municipali: ci piace ad esempio citare la collana *Giuristi stranieri di oggi*, fondata e diretta dal 1986 dal compianto COSIMO MARCO MAZZONI e da VINCENZO VARANO, giunta al 55° titolo, e poi chiusa sostanzialmente perché l'editore non riteneva che fosse sufficientemente redditizia.

Sotto il profilo didattico, è sufficiente richiamare quanto detto all'inizio del paragrafo sulla crescente diffusione degli insegnamenti comparatistici nelle nostre facoltà giuridiche, dove si è passati dall'unica cattedra di diritto privato comparato esistente nel 1960 (la cattedra romana di Gino Gorla) alle varie decine di oggi, e sottolineare l'importanza che in generale l'insegnamento del diritto si apra sempre di più all'informazione e all'analisi delle fonti di produzione non locale: il diritto straniero, il diritto comparato, il diritto europeo, il diritto internazionale nelle sue varie proiezioni.

L'obiettivo ultimo dell'interesse per la comparazione potrà essere, in un domani forse non lontano, preparato anche dalla circolazione degli studenti, altro fenomeno crescente nelle università europee, la scuola giuridica transnazionale, il cui fine

non è quello della formazione dello specialista ma quello della formazione di un nuovo giurista attraverso l'insegnamento comparatistico del diritto, sulla scia di quanto autorevolmente sostenuto da autori del prestigio di ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione*, p. 27 ss., ove è citato un illuminante passo di Roscoe Pound, e di GORLA, voce *Diritto comparato e diritto straniero*, p. 13 (a parte i programmi di scambio di studenti e docenti con università europee ed extraeuropee, si progettano ormai da tempo corsi di laurea congiunti; Firenze, ad esempio, ne ha ormai da tempo uno con Paris I, Panthéon Sorbonne, e un altro con l'Università di Colonia). Anche se non direttamente funzionale alla diffusione della comparazione, va pure segnalato il sensibile aumento di insegnamenti (soprattutto, ma non esclusivamente, comparatistici o internazionalistici) impartiti in lingua diversa dall'italiano, in particolare in inglese, e diretti non solo a studenti non italiani, ma anche a studenti italiani, che anzi vi accorrono in gran numero (significativo è che comincino ad uscire anche manuali di Sistemi giuridici comparati anche in lingua inglese: è, ad esempio uscita, per ora in edizione provvisoria, ma in corso di pubblicazione in definitiva, il libro di A. DE LUCA e E. IORIATTI, *Comparative Legal Systems*). È chiaro che ancora siamo lontani dalla transnational law school, ma il fenomeno indica sicuramente che lo studente vuole attrezzarsi per poter avvicinare il diritto straniero.

## 2. Natura del diritto comparato

Il diritto comparato è quella parte della scienza giuridica che si propone di sottoporre a confronto critico e ragionato più sistemi o gruppi di sistemi giuridici nazionali (o meglio, lo spirito e lo stile di più sistemi: **macrocomparazione**), o più istituti (o meglio, il modo in cui diversi sistemi affrontano determinati problemi giuridici e regolano particolari aspetti del vivere sociale ed economico: **microcomparazione**) (di macro e microcomparazione si accoglie qui la definizione di ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione*, pp. 5-6, che si ritrova sostanzialmente anche in GORLA, voce *Diritto comparato e diritto straniero*, § 7).

### Diritto comparato e diritto positivo

L'espressione «diritto comparato» è quella più comunemente usata, ma è troppo evocativa di diritto positivo. **Il diritto comparato è invece diverso dai tradizionali rami del diritto positivo**: non è un complesso di norme, non è fonte di rapporti, come, ad esempio, il diritto privato (definibile come un complesso di comandi giuridici destinati a regolare nel campo personale e familiare e nel campo patrimoniale i rapporti reciproci fra le persone nonché l'organizzazione e l'attività di società, associazioni ed altri enti privati) o il diritto pubblico (che regola l'organizzazione dello stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti pubblici, i rapporti reciproci di tali enti, quando riguardano l'esercizio delle loro funzioni pubbliche, e i rapporti fra questi enti e i privati, quando in essi si manifesta la supremazia dell'ente e la soggezione del privato, come nel caso del rapporto fisco/contribuente; regolamentazione attività edilizia; pretesa punitiva dello stato nei confronti dell'autore di un reato) (le due definizioni sono sostanzialmente quelle offerte da TRIMARCHI, *Istituzioni*, p. 21 ss.; v. anche

SOMMA, *Comparare è giudicare*, in *Comparare*, p. 243: «Il diritto comparato è cosa diversa dal diritto civile o dal diritto penale, dal momento che non è descrivibile come “corpo di regole e principi”»).

Anche il **diritto internazionale privato**, che indica quale diritto deve essere applicato in un caso con collegamenti stranieri, è parte del diritto positivo nazionale, ed è quindi **diverso dal diritto comparato**. Tuttavia, come è stato scritto, «il diritto comparato è utile, quasi indispensabile, al diritto internazionale privato», sia al fine di «qualificare» (ossia, potremmo dire, definire) i concetti utilizzati dalle norme di conflitto, come vogliono le più moderne scuole di pensiero, sia al fine di applicare correttamente il diritto straniero dalle stesse richiamato, sia al fine di comprendere più correttamente nozioni come quella di ordine pubblico (ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione*, p. 8 ss.). Un recentissimo studio di G. PAILLI, *Autonomia privata e accordi sulla giurisdizione. Un'analisi comparata* dimostra la grande importanza della comparazione per meglio comprendere i diversi approcci che singoli ordinamenti possono avere nei confronti di problemi fondamentali del diritto processuale internazionale, ad esempio gli accordi sulla scelta del foro.

Il **diritto internazionale pubblico**, dal canto suo, è un sistema giuridico sopranazionale e globale diretto a regolare le relazioni fra gli stati, ed è quindi anch'esso **diverso dal diritto comparato**. Vedremo tuttavia più avanti in questo stesso paragrafo il contributo essenziale che la comparazione giuridica offre alla enucleazione dei c.d. «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili», di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. (Per una opportuna rivisitazione dei rapporti fra diritto internazionale e diritto comparato alla luce dei nuovi metodi di formazione e attuazione della norma internazionale nell'era della globalizzazione, v. AJANI, *Diritto comparato e diritto internazionale*).

Quanto fin qui detto a proposito del rapporto diritto comparato/diritto positivo è utile per capire perché sarebbe più corretto usare l'espressione **comparazione giuridica** anziché diritto comparato, imitando i tedeschi: *Rechtsvergleichung* piuttosto che *vergleichendes Recht*. L'uso di questa espressione non significa affatto considerare la comparazione metodo anziché scienza. Essa, come ogni disciplina, «è in parte scienza in parte metodo» (SACCO, ROSSI, *Introduzione*, p. 9) (⇒ Appendice I, n. 5).

Se di norma la comparazione non è diritto positivo, vi sono tuttavia **ipotesi in cui la comparazione può essa stessa presentarsi come diritto positivo**, fonte cioè di norme direttamente regolatrici di rapporti.

• Si pensi, ad esempio, all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia:

«La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica:

a) le convenzioni internazionali ...

b) le consuetudini ...

c) i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

La disposizione che ci interessa è quella sub c), la cui formulazione risente naturalmente dell'epoca in cui è stata emanata e riflette una visione eurocentrica della società internazionale. Ciò premesso, la norma suggerisce un procedimento di comparazione attraverso il quale la corte arriverà a distillare i «principi generali», che



costituiranno la regola per il caso sottoposto ad essa, il diritto positivo del caso concreto. Naturalmente, non è da pensare che la corte possa prendere in considerazione tutti gli stati: si tratterà di esaminare l'atteggiamento degli stati per così dire rappresentativi delle varie concezioni giuridiche. L'esempio è importante, ma non da sopravvalutare. Si fa infatti notare che la Corte, in realtà, spesso ricostruisce un principio proprio dell'ordinamento internazionale, senza necessariamente riferirsi agli ordinamenti statali o con riferimenti sommarî «in funzione di conferma dell'esistenza di un principio che può già essere considerato come operante nella società internazionale» (GAJA, voce *Principi del diritto*, p. 540; per una discussione dei «principi fondamentali della comunità internazionale», v. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, p. 149 ss.).

• Il secondo esempio proviene dall'ordinamento dell'Unione europea. Il riferimento è all'art. 340 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE – v. infra, Cap. II, § 3.4) che riprende l'art. 288, comma 2 (ex art. 215) del Trattato istitutivo della CE (come modificato dal Trattato di Maastricht del 1992 e dal trattato di Amsterdam del 1997 entrato in vigore il 1° maggio 1999):

«In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

La Corte di giustizia di Lussemburgo fa tuttavia riferimento ai principi generali comuni ben al di là dei richiami testuali – che, come la norma sopra riportata chiaramente indica, hanno di per sé una portata molto limitata –, spesso con la funzione di rendere meno trasparente, con l'utilizzazione di un parametro «obiettivo», il ruolo creativo di regole giuridiche svolto dalla Corte. Il ricorso a presunti principi generali comuni è la via per arrivare da parte della corte al controllo della legittimità degli atti comunitari (v. la decisione nella causa 44/79, *Hauer*, discussa ancora da GAJA, voce *Principi del diritto*, p. 535 ss.): la premessa è che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la corte garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali stati. Nel far ciò, anche la Corte di giustizia farà comparazione, e dalla comparazione distillerà la regola «comune», il diritto positivo del caso concreto. Questa posizione è stata integralmente recepita dal trattato di Maastricht, dal Preambolo della Carta Europea dei diritti fondamentali (la c.d. Carta di Nizza), e oggi dal Trattato sull'Unione Europea (TUE – v. infra, Cap. II, § 3.4) che all'art. 6 così recita:

«1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati ...

2. L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea ... e risultanti dalle

tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

- Un ultimo esempio può venire dalla pratica commerciale internazionale, in tema di contratti fra privati o fra privati e stati. In genere, essi contengono una clausola di deferimento ad arbitri per la soluzione delle controversie eventualmente insorgenti e l'indicazione del diritto applicabile. Al riguardo, non mancano le clausole che fanno riferimento ai principi comuni agli ordinamenti dei contraenti, o ai principi riconosciuti da una pluralità di ordinamenti rappresentativi delle varie tradizioni giuridiche e principalmente a quelli che sono già stati applicati dai tribunali internazionali (v. SERENI, *Funzione e metodo*, p. 160; v. infra, § 3 a proposito dei «Principles» dell'UNIDROIT).

### **Diritto comparato e diritto straniero**

La comparazione giuridica, ovvero la ricerca comparativa, il confronto critico e ragionato fra più sistemi o fra più istituti, è diversa dallo studio del diritto straniero e anche da ciò che di un dato sistema straniero dicono i giuristi di quel paese. Lo studio del diritto straniero è generalmente il presupposto della comparazione giuridica, ed è tuttavia implicitamente comparatistico dal momento in cui pone continuamente a confronto la categoria giuridica «straniera» con le categorie nazionali, sottolineando le coincidenze e le diversità, e mettendo così in luce i dati impliciti del sistema straniero (GAMBARO, MONATERI, SACCO, voce *Comparazione giuridica*, p. 53). Mentre lo studio del diritto straniero può essere implicitamente comparatistico, il giurista nazionale che «racconta» il proprio sistema senza «staccarsi» da questo non compie nessuna comparazione, nemmeno implicita, e forse conosce il proprio sistema meno bene dello studioso straniero, nella misura in cui «se da una parte è favorito dall'abbondanza di informazione, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazionali del sistema considerato» (ID., p. 56).

### **Rapporti fra diritto comparato e altri rami della scienza giuridica**

Stretti sono i rapporti che intercorrono fra il diritto comparato ed altre discipline non positive: la teoria generale del diritto, la storia del diritto, la sociologia, l'etnologia giuridica.

La comparazione è essenziale per comprendere la relatività di concetti, di distinzioni, di metodi, per trovare illustrazioni concrete di teorie astratte, per saggiare la validità di ipotesi generali sulla realtà di più ordinamenti, per costruire una **teoria generale del diritto**, della sua natura, dei suoi fini, che si elevi sui particolarismi propri dei diritti locali.

Lo **storico del diritto** è comparatista nel senso che «valuta» il diritto storico oggetto del suo studio alla luce della propria formazione di giurista nazionale moderno, e anche nel senso che oggetto del suo studio può essere una pluralità di diritti antichi da sottoporre a comparazione. Il comparatista, dal canto suo, sa che il diritto straniero è comprensibile solo alla luce della sua storia: non può, ad esempio, capire il contract, e

le sue differenze dal contratto, senza risalire alle origini della common law, alle forme di azione, alla originaria matrice delittuale, in tort cioè, della tutela contrattuale.

Il sociologo, e in particolare il **sociologo del diritto**, può essere tanto più convincente nella prospettazione delle sue ipotesi circa l'interazione fra diritto e società se la sua indagine abbraccia un orizzonte più ampio di una singola società o di un singolo diritto. Dal canto suo, il comparatista è, o deve essere, consapevole che l'analisi sulla law in action richiede conoscenza dei meccanismi sociali, e che, nel momento in cui si pone come promotore della riforma del diritto, deve tener conto delle condizioni economiche e sociali presenti nell'ordinamento interessato.

Molti sono infine i profili di affinità e contiguità fra **etnogiurista** e comparatista, sia che il primo osservi i valori e i diritti, prevalentemente spontanei e «non verbalizzati» delle società tradizionali, o si occupi dei modi in cui esse gestiscono eventuali modelli giuridici europei ricevuti in epoca coloniale, sia che il comparatista si proponga di assistere l'evoluzione del diritto delle società tradizionali con i risultati della sua ricerca (più diffusamente, v. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione*, p. 11 ss.; SACCO, ROSSI, *Introduzione*, p. 20 ss.).

### 3. Funzioni e fini del diritto comparato

Si è detto nel paragrafo precedente che il diritto comparato, come ogni disciplina, è in parte scienza in parte metodo. Ciò premesso, è corretto porsi il problema delle funzioni e dei fini della comparazione, o è invece antiscientifico? Gli autori di questo «corso» concordano con la tesi appena adombrata, che cioè, almeno in teoria, la comparazione come ogni e qualsiasi scienza, non abbia bisogno di interrogarsi sui suoi fini, quasi a giustificare la propria esistenza e la propria dignità. Tuttavia, la comparazione giuridica è una scienza relativamente giovane, che ha cominciato ad acquisire consapevolezza di sé poco più di un secolo fa, con il Congresso di Parigi del 1900, e che solo negli ultimi decenni, e non dovunque allo stesso modo, ha visto crescere il proprio peso nella ricerca giuridica e nei curricula universitari, anche se il cammino da fare è ancora lungo, per raggiungere, in Italia e altrove, quella collocazione, e quella considerazione, nel percorso formativo del giurista, che le esigenze della società moderna richiederebbero. Riteniamo quindi corretto spiegare, e far capire agli studenti, che senso ha, a quali fini risponde il diritto comparato, «a che serve» la comparazione nell'educazione e nella professione del giurista.

La comparazione, e il comparatista, perseguono alcune **funzioni fondamentali**.

#### Diritto comparato e conoscenza

La prima fondamentale funzione è tipica di ogni scienza, ed è assai felicemente espressa da alcuni fra i padri fondatori della moderna scienza comparatistica.

Scrive, ad esempio, GINO GORLA:

«... gli interessi immediati del comparatista sono interessi di conoscenza pura» (voce *Diritto comparato e diritto straniero*, p. 5) (⇒ Appendice I, n. 9).

Scrivono RODOLFO SACCO nell'*Introduzione* (ma v. già *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, p. 113 ss.).

«... la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa come scienza» (ora SACCO, ROSSI, *Introduzione*, p. 11).

Nel 1987, poi, un gruppo di giuristi raccolti intorno a Rodolfo Sacco ha redatto – in occasione di uno dei colloqui biennali dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato – un «Manifesto» della comparazione giuridica articolato in cinque tesi, le c.d. Tesi di Trento (⇒ Appendice I, n. ⑥); su di esse, e sul dibattito che hanno provocato, v. GRANDE, *Development*, pp. 117-120). La prima di tali tesi, enunciata da GAMBARO, MONATERI, SACCO (voce *Comparazione giuridica*, p. 51 s.), così recita:

«Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa comparazione giuridica non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in genere il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati notevolissimi della comparazione; ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto».

Infine, ZWEIGERT E KÖTZ così si esprimono nella loro *Introduzione*, p. 16:

«La funzione primaria della comparazione giuridica ... è la conoscenza ...» (⇒ Appendice I, n. ⑩).

Non si può, crediamo, non concordare con l'approccio teso a porre l'acquisizione di nuova conoscenza come compito essenziale e primario del diritto comparato. Vogliamo tuttavia sottolineare *essenziale* e *primario*, non necessariamente *esclusivo*. Alcuni (Sacco) indubbiamente privilegiano l'«attività di conoscenza pura», una

«fredda misurazione delle analogie, dei parallelismi e delle divergenze fra più ordinamenti», dove «fredda» sta per politicamente neutrale» (così DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, p. 340),

anche se l'evoluzione di queste linee di pensiero porta oggi altri autorevoli esponenti della medesima scuola «strutturalista» (MONATERI, *Critica all'ideologia*) a negare la neutralità della comparazione (pur continuando a rivendicare «l'indipendenza di diritto e società»).

Altri (Gorla) intende invece la «conoscenza» come «conoscenza storica», riferendosi a un

«canone della conoscenza storica di ciascun termine di comparazione o della sua spiegazione o comprensione storica» (GORLA, voce *Diritto comparato e diritto straniero*, p. 940).

Per quanto ci riguarda, la lezione di Mauro Cappelletti e di Vittorio Denti ci porta a privilegiare l'approccio metodologico che vede la comparazione come strumento di politica del diritto, a collocare il dato giuridico in un più ampio contesto

culturale, a perseguire obiettivi che si legano ad un progetto «politico», alle prospettive di riforma nell'ambito dei singoli ordinamenti, alla ricerca del modello migliore (v. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, p. 334). In questa prospettiva, quello della conoscenza è il presupposto imprescindibile di una ricerca volta a scelte di valore, le quali sono dunque il risultato naturale e non meramente eventuale della comparazione (⇒ Appendice I, nn. 7, 8). V. anche VARANO, *Vittorio Denti comparatista*).

## Diritto comparato e universalità della scienza giuridica

Può essere utile allo studente riflettere su una serie di altri scopi, di carattere teorico e pratico, che possono attribuirsi alla comparazione.

La comparazione mira a restituire alla scienza giuridica il carattere di universalità che è proprio di ogni scienza. Lo studio del diritto è di regola ancora oggi accentrato sull'*homo italicus* (o *germanicus* o *gallus* etc.), non sull'uomo in quanto tale; le altre scienze studiano invece l'uomo, ora nel suo ambiente (fisica, ingegneria, medicina, biologia), ora nelle sue idee (scienze politiche, lettere, filosofia), nei suoi bisogni (economia), nei suoi fini (sociologia, teologia). Nelle facoltà giuridiche, lo studio più che concentrarsi sull'uomo in quanto tale, in quello che potremmo definire il suo destino di convivenza, si concentra invece sull'*homo italicus*, o *gallus*, o *germanicus*. Paradossalmente, si può arrivare a dire che l'unica facoltà non umanistica sia la facoltà giuridica, se per umanesimo si intende l'interesse per i problemi e le creazioni dell'uomo, al di là dei gretti limiti locali.

Ma non fu sempre così, se solo si riflette sul fatto che nei suoi grandi periodi di fioritura la scienza giuridica ha avuto carattere di universalità. Si pensi all'espansione universale del diritto romano, prima *ratione auctoritatis* ma poi *auctoritate rationis*. Si pensi all'opera eccelsa delle scuole universitarie che fiorirono in Italia (Bologna ha le sue origini nell'XI secolo), ma che diffusero i frutti del loro insegnamento in tutta Europa. In tali università si riscopriva, riadattandolo ai tempi, il diritto romano: non si insegnavano gli *jura* locali, si insegnava a ricercare i principi e le soluzioni di un diritto giusto, ossia «il metodo attraverso il quale era possibile individuare, in qualsiasi paese, le soluzioni rispondenti a giustizia» (DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *Sistemi*, p. 2). Si pensi ancora al giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII.

In una certa misura, può dirsi che una unità di base si è mantenuta piuttosto nella tradizione di *common law*, ove non si è avuta una rottura rivoluzionaria con il passato come è avvenuto nella tradizione di *civil law* con le codificazioni, ove per lungo tempo ha svolto una importante funzione di uniformazione del diritto la Corte del Privy Council, ove la comunanza linguistica ha favorito scambi fra i vari paesi dell'area. Nella tradizione di *civil law*, invece, il periodo dell'universalità è finito con la nascita dello stato moderno e si è consolidato con le grandi codificazioni civilistiche dell'800 che hanno profondamente minato il carattere extrastatale del diritto civile. Scriveva in proposito nel 1951 FILIPPO VASSALLI (*L'extrastatalità del diritto civile*) parole tuttora valide:

«il diritto civile non è mai stato mancipio dello stato come è avvenuto nella fase più re-

cente ... ciò gli ha assicurato caratteri di eccellenza, di nobiltà e l'universalità durata attraverso i secoli: poiché ha validità universale tra gli uomini la ragione, e poiché v'è una notevole costanza nel rapporto tra la natura umana e i mezzi per soddisfarne i bisogni».

Quella universalità è cessata con il collegamento del diritto civile alla sovranità degli stati nazionali, con le codificazioni posteriori alla rivoluzione francese, ispirate al

«pensiero degli uomini del 1789 ...; il pensiero per cui il diritto positivo si identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione ... della volontà dello Stato» (ID.).

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca il DAVID dei *Grands Systèmes* che però nella codificazione vede anche il germe della comparazione: con le codificazioni, infatti,

«la nozione di un diritto di valore universale perde credito, e, a seguito di questa 'rivoluzione culturale', si manifestano a poco a poco dapprima l'opportunità, poi la necessità, di confrontare le leggi tra loro ... Lo sviluppo del diritto comparato è stata la conseguenza logica, inevitabile della nazionalizzazione che si è prodotta nella concezione stessa del diritto del XIX secolo» (cit., p. 2).

Dunque, può sostenersi che tra le funzioni della comparazione giuridica vi è anche quella di recuperare la perduta universalità della scienza giuridica, andando oltre i confini nazionali, riscoprendo le analogie, ricostruendo le varie tradizioni giuridiche, comprendendo le ragioni storiche economiche sociologiche culturali delle differenze, chiarendo le tendenze di sviluppo. Non sfugge che questa funzione diventa oggi della massima importanza, solo che riflettiamo, ad esempio, sull'incidenza che sul diritto hanno i mezzi di comunicazione telematica: si parla di una new economy, di un e-commerce insofferenti a un legislatore esclusivamente nazionale. Si parla, più in generale, del fenomeno «globalizzazione» che non ha influenza solo sull'economia, ma anche sul diritto, e le sue fonti, sempre più sottratte al potere monopolistico di un legislatore (v. infra, Cap. II, §§ 3.2, 3.9).

## Diritto comparato e comprensione

Si può ritenere, e ciò è tanto più importante in relazione con le esigenze del mondo in cui viviamo, che la comparazione mira a farci capire che non è barbarie la diversità di linguaggio, di costumi, di istituti, di leggi. Scriveva Tullio Ascarelli che questa è la massima funzione del diritto comparato:

«la comprensione e l'intelligenza, quella comprensione e intelligenza che, nell'ambito della comparazione tra diritti di popoli e stati diversi, significa cooperazione e pace: comprendersi ... è un passo ... sempre necessario per la cooperazione e la pace. Rompere il chiuso del proprio sistema giuridico significa allargare il proprio orizzonte e la propria esperienza e perciò arricchirsi spiritualmente e rendersi conto dei propri limiti in uno spirito di modestia che, a sua volta, comporta tolleranza e libertà. Nella umanità della storia e del diritto, la rinuncia allo studio comparativo induce ad assumere come eterne e naturali caratteristiche invece storiche e transeunti e perciò conduce ad una rinuncia a quel rinnovamento che è legge di vita, ad una rinuncia all'esperienza altrui, chiudendosi in una specie di provincialismo intellettuale che mette facilmente capo ad un bizantinismo auto-soddisfatto» (ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, p. 43; cfr. anche CAPPELLETTI ⇒ Appendice I, n. 7).

## Diritto comparato e comunicazione

Da un punto di vista pratico, il diritto comparato mira a far **comunicare giuristi appartenenti a tradizioni diverse**. La comparazione può cioè, attraverso la conoscenza di sistemi diversi, gettare un ponte fra di essi. UGO MATTEI e PIER GIUSEPPE MONATERI, nella loro *Introduzione breve*, pp. 9-10, possono aiutare a comprendere questo punto.

«Supponiamo che in un determinato paese un soggetto 'A' non voglia figurare come controllore di una certa società e perciò acquisti ugualmente il 51% delle azioni, ma intesti un 10% di esse ad altro soggetto 'B'. Per essere certo di mantenere il controllo su tali azioni A si fa rilasciare da B una dichiarazione con cui B riconosce che A è il 'vero proprietario' delle azioni, tanto che si impegna a votare sempre in assemblea secondo i voleri di A.

Come affronterebbe questa vicenda un avvocato «romanista»: italiano, francese, spagnolo? Come affronterebbe questo stesso caso un *common lawyer*, cioè un avvocato inglese o americano?

Il primo avvocato ragionerebbe in termini di *simulazione* e di *titolarità fiduciaria*. Questi termini non evocano nulla nella mente dell'avvocato inglese, anche perché nel suo diritto dei contratti manca assolutamente un capitolo dedicato alla simulazione. Peggio ancora se l'avvocato romanista cercasse di spiegarsi in termini di divergenza voluta tra volontà e dichiarazione nel negozio giuridico. L'avvocato americano resterebbe annichilito: in common law non esiste una teoria del negozio giuridico ed il lessico angloamericano impedirebbe di tradurre in modo significativo l'idea di una contrapposizione voluta tra volontà e dichiarazione.

A sua volta l'avvocato inglese porrebbe immediatamente la questione in questi termini: chi ha un '*legal right*' e chi ha un '*equitable interest*' sulle azioni? I termini *legal right* e *equitable interest* non hanno equivalenti nei sistemi romanisti e l'avvocato italiano non capirebbe nulla. Cercare di tradurli con «diritto legale» e «interesse equitativo» sarebbe sciocco e naïf. Insomma, la comunicazione tra avvocati appartenenti a due tradizioni giuridiche differenti sarebbe interrotta e la stessa operazione finanziaria ne risulterebbe compromessa».

Tra i compiti fondamentali del comparatista vi è dunque anche quello di far comunicare giuristi di tradizioni diverse assolvendo a compiti sia pratici sia teorici. Il comparatista si interroga, infatti, su come i diversi sistemi affrontino problemi analoghi. Il sistema inglese fa riferimento ad una contrapposizione tra law ed equity che si è realizzata storicamente e che ha contribuito a formare le categorie giuridiche attraverso cui si affronta la questione dell'esempio; categorie diverse da quelle impiegate per affrontarla nei sistemi romanisti. Proprio il modo concreto di costruire giuridicamente un dato problema di fatto indicherà al comparatista se i giuristi appartengono o meno alla stessa tradizione. Il comparatista osserverà quindi come le soluzioni concrete, offerte dai vari avvocati, non saranno diverse, ma come siano espresse e spiegate in termini differenti, spesso incomunicabili. In tal modo il comparatista giunge a conoscere come si organizzano, per esempio, il sistema inglese e quello italiano, aiutando le due tradizioni a comunicare fra loro.

In questo quadro si inserisce un'altra possibile **finalità del diritto comparato**, quella cioè di **fornire gli strumenti per tradurre correttamente i testi giuridici**. Infatti, per ottenere tale risultato è necessario che l'interessato sia in grado di accertare che esista, nella lingua verso la quale traduce, un vocabolo concettualmente analogo a quel-

lo della lingua di partenza. Egli deve dunque ricostruire, attraverso il ricorso al diritto comparato, l'effettivo significato del termine nel contesto dell'ordinamento giuridico al quale appartiene per confrontare poi l'esito di tale operazione con il vocabolo offerto dall'altra lingua ed il relativo contesto. Quando la verifica di corrispondenza produce un risultato positivo e le eventuali differenze di senso vengono giudicate trascurabili, la traduzione diretta non dà luogo a difficoltà. In caso contrario il traduttore potrà, alternativamente, lasciare il vocabolo nella sua lingua originale (come accade per es. per *trust*, *franchising*, *šarī'a*) oppure creare un neologismo (come accadde a suo tempo per il negozio giudico rispetto al tedesco *Rechtsgeschäft*) (GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, p. 9 ss.).

La problematica sollevata dalla traduzione giuridica presenta, oltre che un interesse di tipo scientifico, anche un rilievo pratico assai significativo e pressante per gli organi dell'Unione europea i cui atti, come si sa, devono essere pubblicati in tutte le lingue ufficiali dei paesi che la compongono. Attualmente, le lingue ufficiali sono 24 in rappresentanza di 27 stati membri. Sui temi "lingua e diritto" e "traduttologia", e sull'importanza che hanno assunto nella comparazione, e in particolare nel quadro appena accennato dell'Unione europea, è venuta sviluppandosi una letteratura assai ricca. Fra le tante opere, possono vedersi AJANI, PERUGINELLI, SARTOR, TISCORNIA (a cura di), *The Multilanguage Complexity*; FERRERI, *Falsi amici*; IORIATTI, *Interpretazioni comparative*; POZZO (a cura di), *Lingua e diritto*.

## Diritto comparato e politica legislativa

I legislatori di tutto il mondo hanno sempre trovato che in molti settori non è possibile emanare buone leggi senza essere al corrente delle soluzioni e della disciplina offerta negli stessi settori da altri paesi.

La storia fornisce vari esempi di imitazione, o addirittura di **trapianti** massicci di interi sistemi normativi da un paese all'altro (per una concisa ma esaustiva ed interessante ricostruzione del tema dei trapianti e delle recezioni v. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants and Receptions*) (⇒ Appendice I, nn. 20 e 21). L'esempio classico è quello del Code civil, che le armate napoleoniche imposero in molti paesi europei ma che rimase in vigore anche dopo la restaurazione e costituì il modello cui si ispirò, ad esempio, la nostra prima codificazione unitaria perché continuava a rispondere bene alle esigenze della società italiana del tempo. Un altro esempio può essere quello dei codici latinoamericani che derivano da indagini comparatistiche e scelte eclettiche fra varie soluzioni europee (v. infra, Cap. V, § 1.2). Può anche ricordarsi l'esperienza della Turchia di Kemal Atatürk, che negli anni '20 recepisce, nella sua ansia di modernizzazione, il codice civile svizzero e un blend dei codici di commercio tedesco e italiano, o l'esperienza del Giappone che, dopo avere subito una forte influenza dei codici tedeschi (civile e di procedura civile), accoglie, nel secondo dopoguerra, molte istituzioni dell'ordinamento degli Stati Uniti d'America (v. infra, Cap. V, sez. III).

Da quanto finora si è detto a proposito dei trapianti, potrebbe sembrare che il fenomeno sia limitato a leggi e codici. Tuttavia, non solo le leggi e i codici, o le Costituzioni, sono stati imitati, e in tutto o in parte recepiti. Anche dottrine di particolare autorevolezza, quali la pandettistica tedesca, dominante in Germania nel XIX secolo, ha



avuto notevole influenza, lasciando, ad esempio, tracce evidenti nel nostro diritto o nel diritto spagnolo. Del pari, il trapianto, ha riguardato decisioni giudiziarie che hanno circolato in virtù della loro persuasività.

Il processo di utilizzazione di esperienze straniere suggerisce qualche considerazione non secondaria, e qualche cautela, anche al fine di controllare il fenomeno dei flussi giuridici cui fa molto opportunamente riferimento Maurizio Lupoi, intendendo per «flusso giuridico» «qualsiasi dato dell'esperienza giuridica il quale, proprio di un sistema, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio» (LUPOI, *Sistemi*, p. 60, e, più in generale, Cap. II, § 2).

In primo luogo, il comparatista sa che anche se due testi normativi sono identici, non è detto che la pratica applicativa sia anch'essa identica. In altre parole, il comparatista sa che non è sufficiente, per un soddisfacente confronto e un eventuale trapianto, stare sulla superficie della *law on the books*, ma occorre spingersi a guardare attentamente anche la *law in action*.

In secondo luogo, ai fini dell'adozione di una soluzione accolta in un altro ordinamento, occorre verificare da un lato se tale soluzione funziona bene nel paese che l'ha seguita, e dall'altro se può funzionare bene anche altrove senza provocare crisi di rigetto, tenuto conto delle differenze fra le strutture politiche, economiche e sociali sottostanti a ordinamenti giuridici diversi. Si parla non a caso di trapianti giuridici (*legal transplants*), i quali possono avvenire vuoi per il prestigio del modello, vuoi per le particolari relazioni politiche tra gli Stati, vuoi per la contiguità linguistica tra i sistemi, vuoi per motivi legati ai processi di colonizzazione: come i trapianti di organi, anche i trapianti giuridici non sempre hanno esiti positivi.

Qualche esempio può essere utile per illustrare questo punto.

- Come è noto, negli ordinamenti di *civil law* la donazione è un contratto che deve essere stipulato per atto pubblico a pena di nullità (v., ad es., gli artt. 769 e 782 del codice civile italiano). Nella *common law* un contratto è valido solo se implica prestazioni corrispettive, una *consideration* adeguata, e pertanto la donazione, in quanto promessa non sostenuta da una *consideration* adeguata, è valida solo se fatta in una forma circondata di particolari solennità (*under seal*). Al fine di liberare il diritto di New York dalle incrostazioni medievali del diritto inglese, la Law Revision Commission di quello Stato propose, nel 1941, di adottare per le donazioni la soluzione di *civil law* e di attribuire al *notary public* il compito di redigere i relativi atti. Fu il Professor Schlesinger, della Cornell Law School, chiamato a fornire il suo parere di esperto, a segnalare al legislatore di New York l'errore che stava per commettere, affidando funzioni delicate e complesse del notaio di *civil law* ad un soggetto, il *notary*, che non era assolutamente attrezzato a compierle. L'esempio è riportato appunto nel Casebook di MATTEI, RUSKOLA, GIDI, *Schlesinger's Comparative Law*, p. 145 ss., ove si sottolinea che, a parte il nome, il *notary public* di New York e in generale degli Stati Uniti, ha ben poco in comune con il notaio della *civil law*, difettando della sua preparazione giuridica e del suo status professionale.

- Un secondo esempio viene dal diritto pubblico, e muove dalla constatazione che gli USA sono la culla del costituzionalismo moderno, caratterizzato da una costituzione scritta e rigida, vecchia più di duecento anni, e dal controllo che i giudici si sono attribuiti, con il famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), sulla costituzionali-

tà delle leggi (v. infra, Cap. III, § 4.5). Molti paesi di civil law hanno mutuato dagli Stati Uniti l'idea di costituzione scritta e rigida, ma quando si è trattato di disegnare il meccanismo di controllo della costituzionalità delle leggi non hanno adottato il modello americano di controllo diffuso fra tutti i giudici e solo in ultima istanza affidato alla Corte suprema, preferendo invece il modello di controllo accentrato, affidato ad una apposita Corte costituzionale, che Kelsen utilizzò per la costituzione austriaca del 1920-29. Le ragioni della scelta sono varie e tutte convincenti. Si va da una più rigida adesione dei paesi di civil law alla dottrina della separazione dei poteri (che porta la Francia al rifiuto, almeno in linea di principio, e almeno fino alla riforma costituzionale del 2008, dell'idea di controllo giudiziario; v. infra, Cap. II, § 3.3), alla pluralità di corti supreme, e quindi alla possibilità di conflitti fra le stesse, a fronte dell'unica Corte suprema federale degli Stati Uniti; alla struttura complessa delle corti supreme di civil law, articolate in una pluralità di sezioni con molte decine di giudici a fronte della semplice, compatta e autorevole struttura della Corte suprema degli USA (9 giudici in tutto); al fatto che le corti supreme di civil law difettano del potere discrezionale di selezione dei casi; alla inidoneità del giudice di carriera a formulare i giudizi di valore tipici dell'interpretazione costituzionale (molte opere di MAURO CAPPELLETTI hanno sottoposto ad accurata analisi e valutazione comparativa i vari modelli di controllo di costituzionalità delle leggi: si va dal fortunato volumetto *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, ai saggi contenuti nella Part II di *The Judicial Process in Comparative Perspective*, p. 115 ss.).

- Un esempio interessante e a noi più vicino può essere riferito al codice di procedura penale, entrato in vigore in Italia nel 1989. Il nuovo codice non ha avuto il successo che i suoi proponenti si aspettavano, tant'è che con il tempo ha subito molti e importanti cambiamenti, anche perché il legislatore non ha tenuto nel debito conto che il modello avversario cui il codice si ispirava non poteva funzionare da noi come negli Stati Uniti, dove il prosecutor è un funzionario del Dipartimento della Giustizia, gode di una grande discrezionalità, e il trial, il dibattimento, è un lusso cui si ricorre in una percentuale bassissima di casi (per questi rilievi, v. già DENTI, *Diritto comparato*, p. 348 ss., nonché GRANDE, *Italian Criminal Justice*).

- Un ultimo e decisamente significativo esempio è offerto dal comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, dal titolo «La Corte si apre all'ascolto della società civile», con cui la nostra Corte costituzionale ha annunciato alcuni importanti cambiamenti nelle disposizioni che regolano il proprio processo: si tratta di innovazioni di notevole rilievo, suscettibili di riflettersi non solo sul rapporto della Corte con i cittadini ma, più in generale, sull'attitudine di questi nei confronti dei poteri pubblici. Qui importa soprattutto il fatto che il comunicato, illustrando sinteticamente le novità, rivela che con queste la Consulta si pone «in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri paesi», da un lato confermando che i giudici italiani partecipano di un dialogo costituzionale globale di cui si dirà tra poco e dall'altro che tale dialogo ha favorito l'adozione nel nostro ordinamento dell'*amicus curiae*, un istituto che affonda le sue radici e ha trovato la sua fortuna negli ordinamenti di common law. In estrema sintesi, l'*amicus curiae* è un soggetto diverso dalle parti ed estraneo al processo al quale viene permesso di intervenire (generalmente con una memoria scritta) per portare informazioni e riflessioni che possono essere utili alla

decisione della controversia. Se al momento della sua nascita l'amicus era davvero un soggetto neutro che partecipava al processo per ragioni di giustizia, con il passare del tempo si è trasformato in un soggetto che chiede di intervenire per sostenere, talvolta indirettamente, una delle parti in causa. L'esperienza comparatistica mostra che intervengono solitamente in veste di amici curiae associazioni per la difesa dei diritti civili o dell'ambiente, associazioni di medici o associazioni religiose, ma non si tratta necessariamente di gruppi organizzati poiché possono intervenire in qualità di amici della corte persone singole o soggetti non organizzati stabilmente quali, come talvolta accade negli Stati Uniti nelle questioni costituzionalmente più rilevanti, gruppi di professori di facoltà giuridiche (v. BARSOTTI, *Quando gli amici entrano a corte*).

### **Diritto comparato e interpretazione del diritto nazionale: un dialogo tra corti?**

Se appare scontato che il confronto con altri sistemi giuridici, il ricorso cioè alla comparazione, può consentirci una migliore conoscenza del nostro diritto, ed essere utilissimo, come si è visto, a fini di riforma, ci si deve chiedere se e in che limiti ci si possa avvalere di una soluzione straniera per l'interpretazione del diritto del proprio paese (è particolarmente attento a sottolineare questa funzione della comparazione MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*).

Tradizionalmente i comparatisti si sono occupati di circolazione di modelli giuridici e di trapianti che presuppongono un sistema che "esporta" e un sistema che "importa" idee, istituti, interi codici o costituzioni e di questi argomenti abbiamo appena parlato e parleremo ancora più avanti. Qui è opportuno osservare che oggi, soprattutto guardando ad alcune corti che operano il controllo di costituzionalità e guardando anche alla Corte di giustizia di Lussemburgo e a quella dei Diritti dell'uomo di Strasburgo, si è instaurata una forma quasi dialogica di rapporto: le corti supreme talvolta dialogano tra loro (vedi il sapiente volumetto di CASSESE, *I tribunali di Babele*). Ciò ha reso la comparazione uno strumento di interpretazione. E se leggiamo i casi che spingono i giudici a guardare oltre i propri confini, ci accorgiamo che molto spesso questi concernono i diritti fondamentali o, come dice Zagrebelsky, «gli aspetti fondamentali dei diritti fondamentali: la pena di morte, l'età e lo stato psichico dei condannati; i diritti delle persone omosessuali; le azioni positive a favore della partecipazione politica delle donne o contro storiche discriminazioni razziali, ad es. nell'accesso al lavoro o all'istruzione; la regolamentazione dell'aborto e, in generale, i problemi posti dalle applicazioni tecniche delle scienze biologiche a numerosi aspetti dell'esistenza umana; la libertà di coscienza rispetto alle religioni dominanti e alle politiche pubbliche nei confronti di scuole e confessioni religiose» (ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, p. 403).

Pur seguendo strade diverse, le corti hanno preso a parlare tra di loro e ciò è reso agevole anche dagli ormai intensi rapporti che si svolgono sia a livello informale sia a livello formale attraverso seminari, incontri, convegni che coinvolgono i giudici delle corti costituzionali europee. Anche i siti web delle corti, generalmente molto accurati e dove talvolta le decisioni più significative vengono tradotte in inglese, facilitano la conoscenza reciproca.

Non tutti i giudici hanno, però, la medesima propensione alla comparazione. Vi sono ordinamenti in cui il richiamo all'esperienza straniera, soprattutto quando si

devono risolvere questioni nuove o particolarmente difficili, è frequente, ordinamenti in cui ciò avviene meno frequentemente ed ordinamenti in cui è piuttosto raro. È possibile quindi classificare alcuni paesi significativi in considerazione della propensione delle corti alla comparazione.

Prima di individuare i differenti modelli, si può osservare in via generale che nei sistemi di common law ove, come vedremo meglio in seguito, non si è conosciuto il fenomeno della codificazione e che continuano ad essere “sistemi aperti” in cui il giudice è chiamato a svolgere una funzione esplicitamente creativa, è relativamente frequente il caso di sentenze che si richiamano ad esperienze di altri paesi, appartenenti non solo alla medesima tradizione ma anche ad altre (GROPPI, PONTHEAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*).

Mentre alcuni autori propongono quattro gruppi (MARKESINIS e FEDKE, *Giudici e diritto straniero*, p. 99), a noi pare più opportuno limitare i gruppi a tre.

- Nel primo gruppo devono essere compresi i paesi storicamente meno attenti alla comparazione. È il caso della **Francia**, dato che le sentenze delle corti superiori sono famose per la loro brevità e i giudici sono abituati a nascondere la loro funzione creativa dietro lo stretto riferimento alla legge nazionale. Diversa la situazione del Conseil constitutionnel le cui decisioni, soprattutto dopo la recente e importante riforma del 2008, seguono uno stile più discorsivo e aperto ai riferimenti diversi dal solo testo legislativo nazionale (sulla riforma del Conseil v. infra, Cap. II, § 3.3).

Anche con riferimento all'**Italia**, è stata osservata la «disattenzione di avvocati e magistrati ... a quanto avviene all'estero» (ALPA, *L'arte di giudicare*, p. 37; v. anche ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico*). Tuttavia, nel nostro paese non mancano importanti e via via meno rari esempi di comparazione svolta sia dalla Corte di cassazione sia dalla Corte costituzionale, a conferma della sempre più attenta partecipazione del nostro ordinamento al dialogo globale.

Per la prima ipotesi si ricorda il caso di Scientology, del 1996, in cui la Suprema corte cassò la decisione dei giudici d'appello di Milano in quanto avevano esplicitamente escluso di poter ricorrere, nella determinazione della natura religiosa del gruppo di Scientology, alle «sentenze di autorità giudiziarie di altri stati». E soprattutto si ricorda la sentenza n. 21748 del 2007 in tema fine vita. Si tratta del noto caso Englaro, ove si doveva decidere circa la legittimità della richiesta, da parte del padre, di interrompere l'idratazione e l'alimentazione artificiali della figlia in coma vegetativo permanente. Per risolvere il difficile caso la Cassazione, in assenza di una specifica disciplina legislativa, fa riferimento ai principi costituzionali ed inoltre prende in considerazione, attraverso citazioni puntuali ed estese, addirittura in lingua originale, la giurisprudenza delle corti americane, della House of Lords, del tribunale costituzionale federale tedesco e la legislazione francese (⇒ Appendice I, n. 13). Il caso Englaro è stato poi richiamato anche dal Presidente Carbone nella relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2007 proprio come importante esempio di uso giurisprudenziale della comparazione. Non si può non ricordare che la disciplina del fine vita è stata adottata dal legislatore del nostro paese nel 2017, a dieci anni di distanza dal caso Englaro. Deve inoltre essere ricordato che presso la Corte di cassazione, sia le Sezioni Unite sia le sezioni semplici, possono chiedere