



IL METODO COMPARATIVO BETTIANO PER UNA «INTELLIGENZA APPROFONDATA DEL DIRITTO».

ERICA ADAMO

SOMMARIO: 1. La funzione della comparazione giuridica nell'attività ermeneutica: il rifiuto di un approccio dogmatico ed astratto e il confronto con il pensiero di Zitelmann. La comparazione come categoria dell'interpretazione – 2. L'indagine comparativa nel diritto internazionale privato quale strumento che illumina di luce 'relativa' le costruzioni dogmatiche. Legge straniera e ordine pubblico interno: tre criteri di armonizzazione: *a)* la trasposizione o traduzione dell'istituto straniero nel corrispondente istituto interno; *b)* la conversione sostitutiva e *c)* l'adeguamento della massima straniera all'ordinamento interno – 3. Unicità dei singoli ordinamenti e aspirazioni a soluzioni uniformanti: la comparazione funzionale per la «elaborazione di un diritto da riformare» – 4. Osservazioni conclusive.

1. Gli scritti nei quali Emilio Betti affronta tematiche centrali del suo pensiero, quali la natura dell'interpretazione giuridica, il ruolo della dogmatica e lo statalismo del diritto¹, esprimono certamente il suo pensiero su temi di teoria generale, ma altresì offrono l'opportunità di ricostruire la concezione che l'Illustre Maestro aveva in ordine alla interpretazione comparativa, ossia alla funzione assolta dalla comparazione giuridica nel più ampio procedimento dell'attività ermeneutica².

Così, è possibile rilevare che le riflessioni condotte sulla comparazione giuridica sono state originate non già dal bisogno precipuo di definire la questione di fondo che divide ancora oggi la dottrina comparatistica, ossia il dilemma circa l'inquadramento della comparazione in termini di metodo ovvero di scienza; sembra invece che la sua idea sia scaturita da esigenze metodologiche, ossia quelle esigenze che hanno condotto a definire la compa-

¹ Sulle quali ampia dottrina: cfr. in proposito A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 75 ss.; G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quad. fiorentini*, 1978, p. 165 ss. e spec. p. 266 ss.; P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Politica e storiografia*, *ivi*, p. 311 ss.

² L'indagine sulla funzione della comparazione giuridica nel pensiero di Emilio Betti impone una necessaria premessa. In primo luogo, non è casuale la scelta della locuzione 'interpretazione comparativa'. Essa sottende tutto quanto di qui a breve si tenterà seppur succintamente di ricostruire in termini di relazione tra comparazione e interpretazione. La ragione per la quale si è optato per la locuzione "interpretazione comparativa" piuttosto che per l'apparentemente simile "comparazione giuridica" è che i due concetti possono apparire soltanto *prima facie* espressioni fungibili, riflettendo in realtà una differente prospettiva dalla quale si guarda al diritto straniero, termine di riferimento dell'operazione ermeneutica. Se infatti in entrambi i casi l'oggetto di studio sono i differenti sistemi giuridici al fine di individuarne i punti di contatto, senza cadere nell'errore di appiattare le peculiarità di ciascuna esperienza, con il concetto di 'interpretazione comparativa' si indica un'attività più complessa che s'incardina, come vedremo, in un generale procedimento ermeneutico, ove la riflessione sulle differenze e sulle similitudini tra gli ordinamenti è prodromica alla promozione di un'evoluzione dell'ordinamento interno.



razione quale insieme di categorie e procedimenti indispensabili a dirimere le situazioni di conflitto fra le norme³.

In ragione di ciò, oltre a far riferimento ai lavori inerenti al *droit civil comparé* – ove l'Autore affronta in maniera più immediata le questioni circa la portata di siffatto metodo comparativo – appare utile, ai fini ricostruttivi che qui interessano, rivolgere l'attenzione anche verso gli scritti del primo periodo.

Nel suo saggio *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* del 1959, Betti afferma che nell'affrontare i problemi connessi alla interpretazione della legge e alla sua efficienza evolutiva è imprescindibile muovere da una prospettiva non già di tipo dogmatico astratto di chiara matrice kelseniana – concezione che lo stesso Betti definirà come «una fanfaronata assurda»⁴ – bensì da una prospettiva «il più possibile aderente al fenomeno, abbracciato nella sua totalità e realtà, che è insieme giuridica e storico-sociologica»⁵. E siffatta concezione ha caratterizzato tutto il suo pensiero, pensiero che, invero, pare riflettere a guisa di specchio gli studi condotti in tema di diritto internazionale privato da un altro illustre giurista, Ernst Zitelmann⁶.

In particolare, il confronto con il pensiero dell'Autore tedesco ebbe luogo in due saggi: *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann* e *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*.

Mosso dalla necessità di individuare il collegamento che sussiste tra la natura e la funzione della dogmatica giuridica, nonché dall'esigenza di ampliare l'ermeneutica oltre i confini nazionali, egli trova una conferma della sua teoria circa la funzione creativa della dogmatica giuridica⁷: quest'ultima avrebbe luogo ogni volta che l'interprete si trovi a dover colmare le lacune della legge⁸. È in questi casi, infatti, che questi sarebbe chiamato ad applicare il criterio dell'analogia⁹, ossia quel criterio che fa ricorso direttamente ai principi so-

³ Per approfondimenti sulle categorie ermeneutiche della comparazione e sulle influenze del pensiero di Zitelmann sulla concezione bettiana, si veda G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teoria dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, p. 29 ss.

⁴ E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, p. 197, il quale precisa che siffatto approccio teso alla universalità dell'ordinamento di diritto privato «rinnega l'assiomatica esigenza della effettiva attuabilità pratica delle norme da applicare».

⁵ E. BETTI, *o.l.u.c.*

⁶ G. REPETTO, *Argomenti comparativi*, cit., p. 30.

⁷ A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti*, cit., p. 75 ss. La dogmatica giuridica non avrebbe il mero compito di registrare la realtà, bensì il più elevato ruolo di «creare e configurare – in base alla conoscenza del contenuto della legge correttamente accertato – un diritto idoneo a servire per la viva applicazione ai rapporti della vita», così E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 53.

⁸ In proposito E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, *passim*, distingue tra lacune apparenti e lacune in senso proprio, sussistendo le prime in tutte le ipotesi nelle quali manchi un'espressa previsione normativa e la disciplina possa essere rivenuta nell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Al contrario, le lacune vere e proprie sussistono nelle ipotesi in cui l'ordinamento non offre alcun tipo di indicazione sulla decisione che l'interprete deve adottare per disciplinare una determinata fattispecie.

⁹ Sui rapporti tra lacune dell'ordinamento e criterio analogico, cfr. N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, 1963, p. 419 ss.; M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, p. 257 ss.



stanzandosi in giudizi di valore¹⁰. E proprio in tali ipotesi egli afferma la necessità di porre attenzione ai profili interpretativi connessi al diritto internazionale privato¹¹.

Il confronto con il pensiero di Zitelmann lascia emergere un'ermeneutica giuridica in tema di comparazione che identifica quest'ultima quale categoria ermeneutica. Sotto la lente di ingrandimento vengono così posti i rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento straniero richiamato dalla fattispecie con elementi di estraneità, rapporti in cui l'interprete deve ricercare la regola del caso¹².

2. Il primo passo che l'interprete è chiamato a compiere per l'individuazione della disciplina applicabile consiste nel formulare un giudizio che pone a confronto i presupposti applicativi del diritto straniero e quelli propri delle norme interne. Una volta raffrontati, si passa alla valutazione della loro compatibilità. Queste prime riflessioni elaborate alla stregua della scuola tedesca consentono di prendere posizione riguardo a tutte quelle prospettazioni che tentano di ingabbiare l'attività dell'interprete entro gli angusti confini di una meccanica operazione di raffronto tra le norme, riconoscendo invece l'utilità di un approccio problematico e valutativo. D'altronde, se così non fosse si rivelerebbe «ben misera cosa una scienza di diritto internazionale privato che dovesse limitarsi a svolgere un compito descrittivo e comparativo, e rinunciare assolutamente alla funzione critica, valutativa e costruttiva»¹³.

Esaurita la fase del raffronto e della valutazione di compatibilità tra presupposti applicativi interni e stranieri, occorrerà valutare gli esiti. E a tal proposito si avverte che allorché le norme di diritto internazionale privato conducano all'applicazione del diritto straniero si rivelerebbe un grave errore cedere alla tentazione di 'nazionalizzare' le leggi straniere¹⁴, interpretare cioè il diritto straniero secondo le categorie interne, relegando così la sua rilevanza ad un piano meramente fattuale¹⁵. Al contrario, il diritto straniero richiamato dalle

¹⁰ E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto*, cit., p. 53.

¹¹ Giova precisare che l'interpretazione in funzione normativa non costituisce la vera interpretazione, ma rappresenta in ogni caso la migliore interpretazione che si possa fornire nel momento storico-culturale in cui si verifica il fatto da regolare, così P. PERLINGIERI, *Emilio Betti e l'interpretazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Napoli, 1991, p. 443.

¹² Secondo Zitelmann il diritto internazionale privato deve dotarsi di un metodo comparativo, sul punto cfr. E. ZITELMANN, *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, p. 329 s.; ID., *Internationales Privatrecht*, cit., p. 317.

¹³ E. BETTI, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1925, pp. 49 e 207.

¹⁴ Cfr. E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 199 ss, 258 ss.; E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 141 ss.; ID., *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, cit., p. 51.

¹⁵ Come invece asserisce altra parte della dottrina (cfr. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968), secondo la quale le norme di diritto straniero richiamate dal diritto internazionale privato devono essere inquadrare all'interno del sistema delle fonti di diritto interno, sì da relegarle a mere fonti-fatto. Sul tema cfr. C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Milano, 1990, p. 205 ss., spec. p. 237, n. 462.

Siffatta prospettiva – secondo Betti – recherebbe «la grave conseguenza di che le valutazioni giuridiche formate da altri ordinamenti e le qualifiche giuridiche ad essi attribuite da una norma aliena, a un atto o a un fatto [...] non potrebbero essere prese in considerazione dalla "lex fori" se non come fatti rispetto ad esso ordinamento rilevanti per i soli effetti che esso stesso determina»: si veda E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 128. Sul tema cfr. in senso critico A. BERNARDINI, *La problematica del diritto internazionale*, in A. NASI e F. ZANCHINI (a cura di), *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1999, p. 108.



fattispecie con elementi di estraneità deve conservare la sua autonomia di significato, sì da escludere ogni tentativo di inquadramento alla stregua delle categorie nazionali. Ciò che non significa però negare ogni limitazione alla sua efficacia nel sistema nazionale, ove ne ricorra la necessità; ad essere esclusa è solamente l'opera di nazionalizzazione del diritto straniero¹⁶.

Per quel che concerne poi gli strumenti interpretativi per mezzo dei quali il giudice può valutare le norme straniere, egli ritiene che tutti i problemi applicativi scaturenti dal concorso di più ordinamenti nella disciplina della fattispecie concreta si pongono da un punto di vista interpretativo.

Già nel volume *Problematica del diritto internazionale* del 1956 ritiene che occorre procedere da una distinzione di fondo, ossia differenziare il valore di una legge – il quale indubbiamente risente dei confini di sovranità nazionale – dalla sua applicazione, giacché in sede applicativa il criterio di decisione può risiedere anche al di fuori dell'ordinamento. Ciò che conta in tal caso è che il rapporto tra quest'ultimo e le norme straniere non si appiattisca in termini di mera subordinazione del secondo rispetto al primo: le categorie nazionali possono essere rimediate, approfondite ovvero criticate allorché l'incontro con le determinazioni straniere riveli conseguenze contrarie alle esigenze della realtà concreta¹⁷. In altri termini, il rapporto tra i due ordinamenti è necessariamente paritetico, ossia un rapporto nel quale i problemi interpretativi posti dall'incontro con l'ordinamento straniero sono oggetto di approfondimento della comparazione giuridica.

Per quanto concerne la qualificazione della fattispecie recante elementi di estraneità, egli sembra aderire al pensiero rabeliano¹⁸ alla stregua del quale è solamente l'indagine comparativa che 'illumina' «analogie e differenze, parallelismi e corrispondenze di soluzioni rispetto a problemi pratici di convivenza, avvertiti egualmente sotto la spinta di situazioni sociali comparabili tra loro»¹⁹. D'altronde, è in tal guisa che le costruzioni dogmatiche assumono una dimensione relativa²⁰, non già in virtù di una pretesa universalità di valori e interessi, bensì in ragione di un'esigenza etica di porre attenzione al mutamento degli stessi, per esigenze di traducibilità ed elasticità di valori e interessi²¹.

¹⁶ A tal proposito Zitelmann asserisce l'uso del metodo comparativo, sul punto cfr. E. ZITELMANN, *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, in *Deutsche Juriste-Zeitung*, 1900, p. 329 s.; ID., *Internationales Privatrecht*, Band 1, Leipzig, 1897, p. 317 ss.

¹⁷ A tal proposito E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 201, precisa che «non si tratta di spogliare le varie istituzioni delle peculiarità inerenti alla loro formazione storica, né di sostituire al vario linguaggio delle diverse leggi una sorta di alfabeto universale uniforme; ma si tratta di [...] esigenza [...] di elasticità e di traducibilità, non di "universalità" delle categorie dogmatiche d'inquadramento».

¹⁸ E. RABEL, *Das Problem der Qualifikation (1931)*, trad. it. in *Riv. dir. int. priv.*, 1932, p. 113.

¹⁹ E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 201.

²⁰ E. BETTI, *o.n.c.*, p. 229. Esprime con chiarezza la relativizzazione dell'ordinamento giuridico operata dalla comparazione giuridica, P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in ID., *Scuole tendenze metodi*, Napoli, 1989, p. 333: la comparazione giuridica mantiene in vita l'ordinamento, storicizzando e relativizzando le soluzioni ed i concetti «senza indulgere a tentazioni dogmatiche *sub specie aeternitatis*».

²¹ Sul punto cfr. G. REPETTO, *Argomenti comparativi*, cit., p. 39, il quale evidenzia come la suddetta esigenza etica nella concezione bettiana «attraverso il prisma dell'interpretazione giuridica, è costitutiva dei valori della convivenza internazionale e presiede alla composizione equitativa delle controversie». Ma cfr. anche A. BERNARDINI, *La problematica del diritto internazionale*, cit., p. 97, che osserva a tal proposito come per Betti «nel-



Insomma, sembrerebbe che l'attività comparativa presupponga una completa padronanza dei metodi interpretativi, sì da assolvere in tal modo a tre possibili funzioni:

1) consentire una conoscenza approfondita delle discipline poste a confronto, nonché una intelligenza più precisa delle differenti valutazioni morali e sociali e dei diversi mezzi tecnici che vengono applicati per la soluzione dei problemi di convivenza sociale simili;

2) consentire di cogliere la somiglianza tra le strutture che vengono in rilievo dallo studio separato degli istituti;

3) permettere, ove possibile, di elaborare una o più discipline giuridiche che scaturiscano dalla critica comparata e che possono servire da obiettivo per l'orientamento progressivo delle specifiche produzioni legislative²².

Allorché la *lex fori* e l'ordinamento straniero concorrano astrattamente nella disciplina delle fattispecie con elementi di estraneità, ma la legge straniera che risulta applicabile collide con l'ordine pubblico interno, tre sono i criteri in base ai quali ricreare la coerenza e l'armonia all'interno del sistema: *a)* la trasposizione o traduzione dell'istituto straniero nel corrispondente istituto interno; *b)* la conversione sostitutiva e *c)* l'adeguamento della massima straniera all'ordinamento interno.

Per quel che concerne il criterio di cui al punto *a)*, la trasposizione viene attuata mediante una comparazione di tipo funzionale²³, ossia un'operazione mediante la quale l'interprete, chiamato ad applicare una norma straniera recante un istituto sconosciuto all'ordinamento italiano, deve individuare i punti di contatto e di divergenza negli scopi perseguiti tra l'istituto straniero e quelli interni, muovendo da una prospettiva ben conscia delle variabili dei contesti storico e culturale dai quali scaturisce l'esperienza straniera, nonché della intrinseca dimensione morale dell'interprete chiamato ad applicarla²⁴. Insomma, il criterio della trasposizione consiste nell'inquadrare l'istituto straniero secondo il linguaggio e le disposizioni presenti nell'ordinamento interno.

In ordine al criterio *b)*, si rileva che allorché l'istituto straniero non trovi alcuna corrispondenza nel sistema ordinamentale interno, in tal caso la qualificazione richiede necessariamente una conversione di tipo sostitutivo dell'istituto straniero con un istituto interno, il quale può essere sì diverso da un punto di vista strutturale, ma somigliante – e quindi fungibile – con l'istituto straniero. Ed è proprio a tal fine che soccorre l'interpretazione comparativa, la quale «ci può dar lume in questa materia, dicendoci se e in qual misura il problema pratico risolto con l'uno istituto si identifichi o corrisponda al problema pratico risolto con l'altro istituto»²⁵.

la convivenza vi è una comunione di intelligenza, e cioè di discorso ragionevole tra consociati; di scambio e di cooperazione; di rispetto delle reciproche sfere di interessi».

²² Questo è il pensiero di R. SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bulletin*, 1899-1900, 29, p. 394 ss.; ID., *La fonction juridique du droit comparé*, in *Festgabe zu Kohlers 60. Geburtstag*, 1909, p. 164, spec. p. 168. Ma si vedano anche gli Atti del *Congrè international de droit comparé, 1905: Procès verbaux*, I, pp. 173 s. e 176 s.

²³ Cfr. anche *infra*, p. 14 ss.

²⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corr. ed ampl. a cura di G. Crifò, I, Milano, 1990, p. 323.

²⁵ E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 310 s. Per approfondimenti sulla differenza concettuale tra le operazioni di trasposizione e conversione, E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 2° ed. riv. ampl. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 77.



Infine, nel caso *sub c)* la comparazione viene applicata al fine di comporre la discordanza tra la *lex fori* e le leggi straniere nel caso in cui la fattispecie concreta rechi criteri di collegamento che rimandino a norme provenienti da diversi ordinamenti stranieri. In tal caso, il giudizio comparativo sarà necessariamente condotto alla stregua dei canoni della coerenza e della totalità ermeneutica, al fine di individuare elementi di compatibilità desumibili proprio dal diverso operare delle coscienze sociali di cui le leggi straniere sono espressione, sì da pervenire ad una decisione che sia il frutto dell'applicazione di queste ultime al caso di specie. Il giudizio di compatibilità, difatti, risponderebbe alle esigenze di armonia e coerenza il cui soddisfacimento è garantito dal lavoro dell'interprete che ricorrendo ai principi generali e all'equità compie una vera e propria opera di eterointegrazione²⁶.

3. Tuttavia, l'obiettivo che ci si propone, ossia ricostruire la concezione bettiana in tema di interpretazione comparativa, risulterebbe approssimato e superficiale ove si volesse frettolosamente concludere che il pensiero effettivo dell'Illustre Maestro sulla portata ermeneutica della comparazione possa solamente essere evinto indirettamente, come sopra illustrato.

Se da un canto è vero che sull'argomento comparativo Egli abbia perlopiù ripercorso le orme del giurista tedesco Zitelmann, nel ricostruire la sua concezione non può sottacersi il riferimento a due altre opere, precisamente due raccolte di lezioni che svolse presso l'Università del Cairo: *Cours de droit civil comparé des obligations (1957-1958)* del 1958 e *Système du code civil allemand. Cours de droit civil comparé*, del 1965. Opere, queste, nelle quali Betti esprime chiaramente la sua idea.

Nella *Préface* alla raccolta del 1965 l'Autore conduce una riflessione che pare muovere da una maggiore consapevolezza del rilievo dello strumento comparativo. Risalendo al processo di codificazione che ha interessato i diversi Paesi di matrice romano-germanica a partire dal XIX secolo, Egli rileva come siffatto fenomeno abbia contribuito alla diffusione tanto in dottrina quanto in giurisprudenza dell'idea che ogni ordinamento giuridico sia autosufficiente, fraintendendo in tal guisa il compito che la scuola del diritto naturale aveva affidato al legislatore, ossia quello di dettare alcune regole partendo dai postulati della natura e della ragione²⁷.

Ma l'attività legislativa – come d'altronde insegnava già Portalis nel suo *Discours préliminaire* al codice civile²⁸ – non comporta l'identificazione del diritto con la legge riducendo il primo alla perfetta conoscenza del dato positivo. Nei Paesi di tradizione romano-germanica l'esigenza di tradurre la regola scritta in diritto importa l'effetto di lasciare all'interprete un margine di valutazione che gli consenta di decidere senza trasformarsi in

²⁶ E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 334.

²⁷ Cfr. E. BETTI, *Système du code civil allemand. Cours de droit civil comparé*, II, *Étude d'un système juridique, cours développé par M.E. Betti pendant le trimestre d'hiver 1962-1963*, Préface, Milano, 1965.

²⁸ Cfr. J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au projet du Code civil*, ora in J.-É.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di R. Calvo, Napoli, 2013. Sull'«attualità» del discorso di Portalis si veda G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 11 ss. Per una lettura del pensiero di Portalis in relazione al diritto privato europeo, cfr. nella prospettiva del diritto privato europeo, P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss.



mera *bouche de la loi*²⁹, giacché la funzione primaria della regola è sempre quella di offrire ai giudici delle direttive ai fini della decisione.

Ecco dunque che se per un verso la conoscenza di un ordinamento di matrice romano-germanica risulta indubbiamente più agevole constando di regole scritte, a siffatta semplicità non fa da contraltare un'analoga facilità nell'individuazione della soluzione da approntare alla controversia in ragione di quello spazio di valutazione che l'ordinamento lascia all'interprete³⁰.

In ragione di quanto sopra risulterebbe, dunque, una pia illusione anche l'idea di credere che allorché tra i differenti sistemi giuridici sussistano dei criteri di collegamento, i termini utilizzati nell'un sistema possano essere semplicisticamente tradotti nella lingua dell'altro sistema. Ne consegue che per le medesime ragioni non sarebbe pensabile neanche che un trapianto di legge possa essere compiuto traducendo, ad esempio, in lingua araba o cinese i termini utilizzati dai codici romano-germanici. La ragione è facile da individuare: nella traduzione verrebbe a mancare quello che Betti definisce significativamente «*humus*», ossia la *forma mentis* che ha generato quelle determinate soluzioni, finendo per «confonde[re] il diritto vivente con l'arbitrio di un legislatore»³¹.

Ma è in particolare nella *Introduction* del volume del 1965 che Betti esprime incontrovertibilmente la sua idea di interpretazione comparativa: «Il metodo comparativo costituisce una direttiva nell'interpretazione del diritto che consiste nel “comparare”, cioè nel mettere in rapporto, secondo certe linee direttive, più sistemi o istituti giuridici, allo scopo di raggiungere una conoscenza più profonda e più ampia della loro realtà». Il che, come Egli si affretta a precisare, è ben diverso dal riconoscere al diritto comparato il compito di mettere in evidenza le «leggi naturali dell'evoluzione dei fenomeni giuridici» capace di rivelare una fenomenologia universale del diritto.

Occorre a tal proposito tenere presente che è vero che bisogni sociali ed economici simili possono generare istituti somiglianti, ma ogni realtà sociale subisce inevitabilmente l'influsso delle idee, dei sentimenti e dalle credenze proprie di un certo contesto storico, ossia delle variabili che concorrono a formare il bagaglio culturale di un popolo³². E sotto

²⁹ Alla stregua della concezione montesquiana che definiva i giudici dinnanzi alla legge come «des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»: C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1777, libro XI, cap. VI, p. 327.

³⁰ Significative e alquanto eloquenti in proposito appaiono le parole che si leggono nella *Intervista a Rodolfo Sacco*, a cura di C. Tenella Sillani, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 395, a proposito della giuridicità che non può non risentire della complessità extra-giuridica, presupposto della giuridicità medesima: «Il giurista può – e deve – imparare molto dall'antropologo», giacché «Solo ascoltando l'antropologo, il comparatista e più in gener[al]e il giurista, possono edificare una teoria generale del diritto credibile. Ovviamente, per raggiungere pienamente il risultato, bisogna studiare tutta la macrostoria dell'umanità, attraverso i due milioni e mezzo di anni del suo svolgimento» (p. 397).

³¹ E. BETTI, *Il metodo comparativo come direttiva nell'interpretazione del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, p. 655.

³² L'Illustre Maestro in tal guisa si discosta nettamente dal pensiero di natura marxista secondo il quale le società sarebbero influenzate dalle sole vicende della vita materiale. D'altronde, basti pensare che centrale nell'attività dell'interprete è la cultura di quest'ultimo: egli infatti deve essere conoscitore non soltanto delle disposizioni normative, ma del sentire comune, dei problemi e dei mutamenti sociali dovuti al continuo cambiamento della realtà. Sull'argomento cfr. P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 447 ss., rileva come nella teoria bettiana l'interpretazione abbia «un'efficienza evolutiva, che le è data proprio da un incessante ripensamento delle



questo profilo, il pensiero del Maestro si rivela molto attuale nella misura in cui esprime tutta l'importanza dell'*humus* sia a livello interpretativo, sia, risalendo più a monte, a livello normativo³³.

Proprio in ragione di siffatte peculiarità storico-sociali, Betti afferma che la creazione di un diritto privato universale non è assolutamente concepibile. Sussisterebbero tre elementi che osterebbero a tale obiettivo: in primo luogo, vi sarebbero fattori di ordine naturale poiché, come riconosceva già Montesquieu, le leggi devono essere dettate per il popolo che deve essere da esse regolamentato, incorrendosi in un grosso rischio se le leggi di una nazione venissero applicate ad un'altra. In altri termini, le leggi devono rispondere precipuamente alle peculiarità di un Paese, al suo clima, devono essere relative al modo di vivere del popolo³⁴.

Inoltre, sussistono anche fattori di tipo spirituale che incidono su settori del diritto, quali il diritto di famiglia e delle successioni, aree queste che risentono delle concezioni religiose di un popolo, a differenza ad esempio del diritto commerciale, dominato invece dall'esigenza di scambi.

Infine, vi sono i fattori di ordine tecnico, giacché anche nell'ipotesi in cui le disposizioni di due Paesi siano quasi identiche, l'interpretazione che riceveranno da parte di ciascuno Stato sarà sempre soggettiva.

Emilio Betti richiama in proposito l'esempio dell'art. 31, ult. cpv., delle leggi esecutive della Convenzione conclusa a Ginevra nel 1930, relativo alla legge uniforme sulle lettere di cambio e biglietti all'ordine, legge che stabilisce che in difetto di indicazione di persona determinata in favore della quale esso viene emesso, si considera emesso *pour le tireur*.

Orbene, una simile presunzione legale costituisce la riprova di quanto appena affermato, dal momento che la disposizione in parola è stata interpretata dalle giurisprudenze italiana e tedesca come una presunzione inconfutabile per la quale non è ammessa alcuna prova contraria; mentre dalla giurisprudenza francese la stessa è stata interpretata come una *praesumptio iuris tantum* che impone un'inversione dell'onere della prova³⁵.

Insomma, può accadere che gli istituti oggetto di comparazione rechino lo stesso nome, senza essere identici, oppure al contrario che istituti contrassegnati da una denominazione differente risultino in realtà affini.

Si pensi, ancora, al rapporto di coniugio, rispetto al quale emerge il problema se le unioni permanenti tra poligami del diritto islamico possano qualificarsi come rapporti coniugali ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di cittadinanza, oppure di quella in tema di divorzio, ovvero di successione *mortis causa*. O, ancora, al testamento di un cittadino

norme da applicare seguendo passo passo il moto perenne della vita sociale sí da vivificare l'ordinamento giuridico». F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 199 s., riconoscono la necessaria collaborazione dell'interprete, che «mette in gioco la propria intera sensibilità, nel processo interpretativo».

³³ Come fa notare lo stesso Autore, rimarcando la soggettività dell'interpretazione anche dinnanzi ad un testo legislativo identico «chacun des interlocuteurs séduque soi même à comprendre le sens du langage d'autrui et à le traduire fidèlement dans son propre langage à lui»: E. BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations* (1957-1958), Milano, 1958, p. 6.

³⁴ Cfr. C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, libro I, cap. 3.

³⁵ Cfr. GUTTERIDGE, *Rôle international de l'étude du droit comparé*, 1953, il quale definisce la lettera uniforme come una «conchiglia vuota».



inglese che costituisce come *life tenant* sua moglie rimasta vedova: qualora alcuni cespiti siano beni immobili ubicati ad esempio in Germania o in Francia emergerà il problema di stabilire se la *life-tenancy* corrisponderà all'usufrutto o al diritto di un erede (*Vorerbe*) gravato dall'obbligo di restituire i beni ai fedecommissari³⁶.

Orbene, siffatte esemplificazioni dimostrano secondo Emilio Betti che la chiave di volta per una buona interpretazione comparativa sia quella di avvalersi di un procedimento finalizzato ad individuare tra le leggi straniere quella in astratto applicabile, sì da ricavarne poi la massima di diritto. In tal senso appare indispensabile che l'interprete non solo comprenda le leggi straniere oggetto della comparazione ma ne conosca anche i risultati applicativi, non essendo rari peraltro i casi in cui la *lex fori* dichiarata tra le leggi applicabile quella che risulti più favorevole ai terzi.

Come già accennato, il tema della funzione dell'interpretazione comparativa è stato affrontato anche nella raccolta di lezioni del 1958, ove l'Illustre Maestro dedica l'intero primo capitolo del volume alla "Comparazione funzionale dei diversi sistemi di diritto".

In siffatta occasione Betti precisa l'obiettivo della valutazione comparativa, il quale non si esaurisce nella astratta quanto utopistica unificazione internazionale del diritto privato, bensì nel mettere in luce analogie e differenze tra gli ordinamenti secondo «un'ottica normativa in vista dell'elaborazione di un diritto da riformare (studi legislativi), o con un'ottica di traduzione, trasposizione o preferenza nel campo dei conflitti di leggi»³⁷. Il procedimento-chiave non può che essere la comparazione di tipo funzionale, la sola che andando al di là dell'uniformità del tenore letterale – che come sopra evidenziato non varrebbe comunque a sottrarre i termini alle diverse interpretazioni soggettive – approfondisce la funzione della regola alla luce delle peculiarità della fattispecie concreta e degli interessi che la soluzione individuata mira a soddisfare³⁸.

4. Le letture condotte ai fini del presente lavoro consentono di formulare alcune osservazioni. In primo luogo, sebbene non sembra potersi evincere dal pensiero bettiano una concezione unitaria circa la funzione della comparazione nell'attività interpretativa, indubbiamente si può asserire che non venga certamente concepita come una branca specifica dell'ermenutica la quale funzioni secondo regole proprie, bensì rappresenta un caso in cui l'interpretazione assolve ad una funzione normativa, volta cioè a trarre da un insieme eterogeneo di norme la regola concreta conforme ai principi e agli interessi dell'ordinamento in cui opera l'interprete³⁹.

³⁶ Si tratta di esemplificazioni formulate dallo stesso Betti, in E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 301.

³⁷ E. BETTI, *Il metodo comparativo*, cit., p. 656.

³⁸ A tal proposito E. BETTI, *o.u.c.*, p. 201, precisa che «non si tratta di spogliare le varie istituzioni delle peculiarità inerenti alla loro formazione storica, né di sostituire al vario linguaggio delle diverse leggi una sorta di alfabeto universale uniforme; ma si tratta di [...] esigenza [...] di elasticità e di traducibilità, non di "universalità" delle categorie dogmatiche d'inquadramento».

³⁹ In tal senso, cfr. G. REPETTO, *Argomenti comparativi*, cit., p. 43.

Sul rinvio ai principi generali quali strumenti di eterointegrazione dell'ordinamento, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 267.



Interpretazione e integrazione quindi non sembrano rappresentare due momenti qualitativamente differenti⁴⁰. È un segnale lo si può cogliere negli stessi criteri della comparazione funzionale di cui poc'anzi si è parlato: come taluni hanno osservato⁴¹, essi altro non sono che un'applicazione dei canoni generali che sono utili per l'individuazione della regola del caso, ossia il canone dell'attualità dell'intendere (per la trasposizione); il canone della totalità e coerenza dell'apprezzamento ermeneutico (per la conversione sostitutiva) e il canone dell'adeguazione dell'intendere (per l'adeguazione).

Così, l'interpretazione comparativa s'innesta nel procedimento ermeneutico per sollecitare l'interprete nella «intelligenza approfondita del diritto, dunque la sua essenza stessa di organizzazione e regola della vita sociale»⁴².

Molto spesso invece si trascura la circostanza che la legge rischia di rivelarsi inefficace là dove non venga recepita dalla coscienza degli uomini appartenenti alla realtà sociale che è chiamata a regolare⁴³. Perché l'interpretazione «consiste non nel riflettere, a guisa di specchio, il senso che poté avere alla sua origine una determinata norma giuridica, ma consiste nel ricavare dalla norma giuridica il senso che ha oggi, nella società contemporanea, in quanto deve servire da linea di condotta [...] e quindi deve subire tutte quelle modificazioni [...] che – in ossequio al canone della intrinseca coerenza dell'ordinamento – si richiedono perché tale massima possa funzionare nell'ambito dell'ordinamento in vigore in una data società, e in armonia con le altre norme che di questo ordinamento fanno parte»⁴⁴.

Occorre peraltro tenere presente che, come mette ben in luce P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (1969), ora in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, III, (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3181 ss., il giurista deve immergersi nei problemi della vita reale, altrimenti si verifica l'allontanamento dal diritto vivente, giacché il giurista, in special modo il civilista, «tanto più risponderà alle esigenze della società, quanto più saprà [...] ragionare per problemi, libero non dalla norma, ma da strette e sistematiche e da rigide costruzioni dogmatiche» (p. 3208).

⁴⁰ Tra interpretazione e integrazione sussiste una continuità sostanziale, giacché il momento logico rappresentato dall'interpretazione reca con sé inevitabilmente un momento valutativo: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2ª ed. riv. ed ampl. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 130; ma anche L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 224 ss.

Ma si veda anche E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der Richterlichen Gesetzesauslegung*, in *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, 1948, p. 394, secondo il quale «Es wurde schon längst bemerkt, daß das anzuwendende Rechts [...] – als konkret übergreifende Recht aufgefaßt – Anfangsgründe in sich trägt, die einer Entwicklung im Wege der Auslägung fähig sind, Rechtsprinzipien und Entscheidungsmaximen, die weder aufgeschrieben noch durch Übung und Rechtsprechung bereits zu einem förmlich bindenden Rechtssatz erstarkt zu sein brauchen».

⁴¹ Come rileva acutamente G. REPETTO, *Argomenti comparativi*, cit., p. 43 richiamando E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1965, p. 81. Cfr. anche A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti*, cit., p. 101.

⁴² E. BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations*, cit., p. 1.

⁴³ Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, IV, 1950, p. 31, «Il testo della legge non è testo sacro, trascendente, immutabile, rivelato. Esso è, innanzitutto, nel dominio della contingenza storica, e, si può dire, dettato dallo stesso destinatario della norma, in quanto si realizzi come unità elementare del gruppo sociale».

⁴⁴ E. BETTI, *o.l.u.c.* sulle implicazioni assiologiche del richiamo ai principi generali quali strumenti di eterointegrazione dell'ordinamento, cfr. L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 267.