



LA COMPARAZIONE COME FONTE DEL DIRITTO TRA SCIENZA E CONOSCENZA*

GABRIELLA AUTORINO

SOMMARIO: 1.- La conoscenza come sinonimo di confronto. Regole, presupposti e metodi della comparazione. Le controversie e i dibattiti dottrinali. Autonomia della disciplina e unitarietà dell'ordinamento. 2.- I periodi storici della comparazione. Le origini. Il rifiuto iniziale. L'attuale "pancomparatismo". Le c.d. regole del buon comparatista. La negazione del carattere di scienza: critica. Le ragioni dell'appello alla scientificità. 3.- Il secolo XIX e la vicenda delle grandi codificazioni. Analogie tra le origini e l'attualità. La "forma codice" e le ascendenze illuministiche. La forza sovversiva della "forma codice". Il dibattito sulla codificazione. Il modello italiano: dall'influenza francese al modello tedesco. Il ruolo della dottrina in Italia. 4.- Il modello inglese: il *common law* degli uomini liberi. L'origine di *case law*. Molteplicità dei sistemi in Inghilterra. Il rifiuto della codificazione. L'attività legislativa e la funzione dell'interpretazione. La crisi della comparazione. Le controversie dottrinali. 5.- Giustificazione della ricostruzione storica. La scoperta delle costanti. La forza sovversiva della comparazione. Il travolgimento dei "positivismi". Crisi del principio dell'unicità della regola giuridica. Il sistema dei formanti. Pluralità dei meccanismi di produzione del diritto. La comparazione giuridica come fonte di produzione normativa. 6.- L'attuale prevalenza dell'approccio casistico. L'affermarsi dell'essenzialità del confronto tra le esperienze. Il pericolo dell'eccessiva teorizzazione. La nozione di tradizione giuridica: le differenti visioni. La nozione in continua evoluzione. Il principio del *verum ipsum factum*. Il rifiuto della dimensione esclusivamente verticale. La valenza multidimensionale del concetto. Dai sistemi chiusi ai sistemi aperti. L'uso giurisprudenziale della comparazione. 7.- I metodi della comparazione. Attualità del ragionamento sul metodo. La visione di Carnelutti. Le vie accidentate della conoscenza. La scienza – e conoscenza – come elaborazione dei dati. Il fondamento della conoscenza sulla comparazione. Il sistema delle "permanenze". Le regole per le regole: il fondamento della validità. Interpretazione e linguaggio. La logica del diritto e il diritto in quanto vita. 7.- Collegamento tra oggetto e metodo. La comparazione come scienza composita. Il "diritto nel suo insieme" come oggetto della comparazione. Superamento del formalismo delle fonti. Gli spazi giuridici "aperti". Il ruolo attuale del comparatista. La creazione del diritto sui differenti piani. Le nuove categorie. Dal profilo economico alla persona. I problemi della "governance" e della "sovranità". Il "sentiero costituzionale" comunitario.

1. La conoscenza – o meglio il perseguimento nonché il procedimento del conoscere – è sinonimo di confronto.

In nessun aspetto dell'umana conoscenza è assente la comparazione, che essa conoscenza si rivolga al profilo quotidiano delle scelte di vita, dalle più piccole a quelle che

* Destinato agli *Studi in onore di Pasquale Stanzone*



maggiormente incidono sull'esistenza; o che appartenga invece al profilo della scienza – meglio, delle scienze, tecniche od umanistiche che siano –.

Comparazione delle cose, dei fatti, dei fenomeni, delle cause, degli effetti, in considerazione di quel che si persegue; sul piano pratico o per la costruzione teorica del sapere.

È evidente che per ogni settore della conoscenza, nell'ambito dell'esistenza umana, il confronto, la comparazione, necessita di specifiche regole, presupposti, metodi, consapevoli o inconsapevoli.

Spesso inconsapevoli, nelle scelte della vita quotidiana: l'affetto più caro, l'amico migliore, la scelta della professione, quella – più elevata – della religione; le scelte minuscole sul vestiario, sul cibo, le vacanze; le opzioni drammatiche della salute, della vita e della morte.

Necessariamente consapevoli quando s'indaga nell'ambito della conoscenza scientifica, per la quale le opzioni del confronto s'inquadrano nelle categorie dell'oggetto, del metodo, degli effetti ovvero delle funzioni.

Che ciò non sia stato riconosciuto dai giuristi se non avanti nel tempo, con fatica e superando notevoli resistenze, è tanto più incomprensibile se soltanto si riflette sul fatto che il profilo giuridico, o meglio il riflesso nel mondo del diritto dell'essere e dell'agire umani, è presente per l'appunto in ogni aspetto dell'essere e dell'agire umani. Non esiste una realtà giuridica distinta e separata dalla realtà senza aggettivi: la realtà giuridica, come quella politica, sociale, economica - e via enumerando - sono tali soltanto nel senso di indicare una peculiare prospettiva da cui si guarda alla realtà una e in sé unitaria - Pietro Perlingieri -.

In verità, all'incirca dalla seconda metà del secolo scorso in poi, è consueto tra i giuristi – nonostante rilevanti eccezioni - sottolineare talvolta con entusiasmo l'opportunità, l'importanza, finanche la necessità degli studi di diritto comparato. Tali affermazioni, tuttavia, per lungo tempo sono state accompagnate dalla incertezza, dal fraintendimento, dall'ambiguità sulla esatta natura e sulla dimensione della comparazione giuridica o del diritto comparato che dir si voglia. E le due espressioni non sono affatto sinonimiche.



Voci confuse, dunque, per lungo tempo controvertono in ordine alla natura, ai metodi, alle finalità dell'indagine comparatistica. Si avverte disagio, che si fa ancor più intenso quando il ragionamento opera soprattutto a livello dommatico, spinto, in particolare, dalla preoccupazione di affermare l'«autonomia» del diritto comparato da altre discipline, quali ad esempio la storia, la filosofia del diritto o la teoria generale. Nel ripetere probabilmente l'errore compiuto per tanto tempo dalla dottrina giuridica di elevare solide barriere tra branca e branca del diritto, prima che si comprendesse e divenisse comunemente accettata la convinzione secondo cui ogni settore del diritto sopporta denominazioni o etichette soltanto per finalità descrittive o didattiche. Infatti, così come la realtà di cui ciascuno è partecipe, lo stesso ordinamento giuridico è unitario e si svolge armoniosamente in un sistema che vede l'uomo come suo fulcro, allo stesso tempo ordinatore e ordinato nel e dal diritto.

Giustamente si afferma - Pasquale Stanzione - che il giurista deve abituarsi a pensare un problema concreto in termini di globalità, cioè con tutti i riflessi e le implicazioni che ne derivano, sia di ordine sostanziale che procedurale. Il tema tendenzialmente porta ed ha condotto lontano, investendo quello della stessa formazione del giurista. La questione diventa assai più complessa quando coinvolge l'ambito assai più vasto del diritto comparato e segna varie fasi in cui il giurista entra, per così dire, in crisi d'identità e parte alla ricerca di sé stesso.

2. L'esigenza di conoscere per confronto anche nel mondo del diritto, di là dai fini pratici che si assegnano a questa particolare ricerca, sovente si afferma sia nata con l'uomo. In verità, forse i primi accenni ad un uso consapevole della comparazione giuridica si trovano nel secolo dei lumi quando Montesquieu fa un uso sistematico degli insegnamenti tratti da legislazioni straniere nel suo "Esprit des Lois", in perfetta sintonia con il cosmopolitismo del XVIII secolo. La mentalità dell'epoca in particolare è pervasa dall'aspirazione filosofica di rinvenire quel diritto naturale superiore o addirittura preordinato a tutte le leggi esistenti, rispetto al quale contingenti e transitorie; diritto naturale correlato alla ragione umana e per ciò stesso universale.



Tuttavia, questa ricerca delle nobili origini della comparazione giuridica si giustifica ed è funzionale soltanto al periodo delle polemiche e delle ostilità manifeste contro la nascente disciplina, tra gli anni cinquanta e sessanta del secolo passato. Quando si accusavano i - e tuttora taluno rimprovera ai - comparatisti di far opera velleitaria e falsificatrice, indagando sistemi che per il solo fatto di essere differenti dal proprio, già difficile da conoscere per la sua complessità, risultano in questa visione assai imperfettamente conoscibili. Anzi tale analisi - si affermava - non può essere che fonte di errori e confusione. Anche perché, si aggiungeva, il diritto di un paese - espressione di un popolo e di una cultura nazionale; patrimonio di ciascun popolo; specchio di una società - può ricevere soltanto danno dall'avvicinamento e dalla contaminazione con altri ordinamenti. Posizione talmente difficile da comprendere nel tempo attuale - della cosiddetta globalizzazione - da considerare quasi con incredulità. Ma da tenere a mente con timore, di fronte al costante ricorrere, nella storia, di tentazioni nazionalistiche.

Si è reso necessario, in un dato momento della evoluzione della disciplina, contrastare l'opinione diffusa che pretendeva di misurare i meriti della comparazione giuridica alla stregua dei benefici concreti che essa comporta. Da tempo un insegnamento ha chiarito come l'analisi comparativa si pone come scienza che opera indipendentemente da qualsivoglia vantaggio pratico che essa possa comportare. Che anzi insistere su tali aspetti conduce a negare proprio la sua natura di scienza.

Nel momento attuale siamo di fronte – soprattutto in Italia - all'esatto contrario di quanto accadeva nella prima metà del secolo XX, all'esplosione del pancomparatismo: fenomeno altrettanto pericoloso dell'atteggiamento ostile all'analisi comparata del diritto, poiché anch'esso fonte di ambiguità e confusione. Tanto da aver spinto i giuristi che maggiormente si occupano di questa disciplina a cercare di rinchiuderla in una gabbia di precondizioni e di requisiti metodologici, per delimitarne i confini ed evitare le approssimazioni velleitarie dei riferimenti agli ordinamenti stranieri non funzionali ad un'indagine che rimane e si qualifica come di diritto interno. In altre parole, non si fa



comparazione aggiungendo un corpo estraneo all'indagine, costituito di indicazioni normative appartenenti ad altri diritti differenti dal proprio. Una raffinata – ma forse per qualche verso datata - compilazione di “regole” del buon comparatista prende il nome – com'è noto - di “Tesi di Trento”, una sorta di “manifesto” della comparazione giuridica steso da un gruppo di studiosi nel 1987, che si propone come veridico compendio della natura, dell'oggetto, dei metodi e scopi della comparazione giuridica e che tanta parte ha avuto nell'evoluzione della disciplina.

L'opinione da controbattere, in questo determinato momento storico, è quella che nega alla comparazione valore di scienza. Così, mentre sarebbero elevate a tale rango le discipline del diritto penale, civile, amministrativo, persino quelle internazionalistiche, in quanto tutte dotate di un oggetto autonomo e determinato rispetto al quale organizzare gli opportuni strumenti metodologici - con la finalità di offrirne una ricostruzione sistematica -, la comparazione giuridica sarebbe trasversale alle altre discipline, potendosi applicare come strumento di analisi a ciascuna di esse, con le tecniche e le metodologie adeguate alle finalità o utilità perseguite.

La particolare menzione del diritto internazionale si giustifica in quanto questo specifico settore non viene alla luce, nella sua attuale conformazione, se non nel XIX secolo. Del suo fondamento, della dimensione normativa che gli è propria, si discute assai dopo la pace di Westfalia. Per tutto il secolo dei lumi, il riferimento normativo delle relazioni interstatuali è ancora allo *ius gentium*, al diritto di natura. Nelle nazioni europee, il diritto internazionale pubblico emerge come disciplina accademica soltanto nella seconda metà dell'Ottocento, proprio come il diritto comparato. E si legittima come disciplina nonostante non siano individuabili un settore di norme sue proprie emanate da un “superlegislatore” che le imponesse agli stati sovrani. E lo fa per l'appunto invocando, a giustificarne la forza obbligatoria, il suo carattere di scienza del diritto.

Il che è ulteriore dimostrazione di come l'appello alla scientificità sia utilizzato per legittimare gli stessi ordinamenti giuridici nel loro costituirsi moderno e investe all'epoca la



questione più generale se sia concepibile lo stesso diritto in quanto scienza. Soccorre in questa ricostruzione il richiamo alla scientificità di discipline che pur non dedicandosi alla indagine di sistemi positivi di norme sono essenziali per la conoscenza in generale del fenomeno diritto: la filosofia, la storia, la teoria generale. Rimane per il diritto comparato la questione, pur appellandosi per la sua scientificità alla mera finalità della conoscenza del diritto, della sua autonomia dalle altre discipline generali, in particolare da quella che concerne la dimensione storica nonché dalla teoria generale del diritto in quanto organizzazione sistematica della conoscenza in un dato settore dello spirito umano.

Con le parole di un grande comparatista – Rodolfo Sacco -: «la filosofia suggerisce al diritto modelli: la libertà, l'eguaglianza, lo stato di diritto. Non si rivolge al legislatore che deve tradurre in norme tali valori ma al teorico del diritto che funge da mediatore. Il giurista si rivolge al filosofo perché gli insegni il modello valido, lo *ius unum*. Si rivolge allo storico perché attraverso la ricognizione storica individui il modello unico insuperabile di diritto, ancora una volta lo *ius unum*. In tempi più recenti successivi all'illuminismo si rivolge all'economista che in veste di filosofo suggerisce modelli al giurista: anche questa disciplina viene ammessa alla base della formazione del giurista anche se trasformandosi prima nello studio del fattore economico, poi in quello dell'allocazione delle risorse. Al contrario, il comparatista non ha affatto una visione del diritto come di un *unum*. Ha una visione pluralista. È nel pluralismo la ricchezza del diritto: la comparazione mette a confronto le esperienze diverse, misura le distanze tra un sistema e l'altro, tra una soluzione e l'altra ed è questa la sua ricchezza».

3. Non è senza ragione che la seconda metà dell'Ottocento è l'epoca in cui la comparazione giuridica si affranca dai limiti dell'approssimazione e del diletterismo e inizia il suo cammino come disciplina dagli specifici contorni, coltivata da giuristi “professionisti” del comparato, insegnata negli atenei, parte essenziale della formazione del giurista.

Vari sono i fattori che promuovono tale evoluzione. Nel secolo XIX si mettono a punto ampi settori del diritto positivo attraverso la grande vicenda della codificazione.



Quel che intriga, riandando alle origini della scienza comparatistica moderna, è la fiducia nella tecnologia e nelle comunicazioni intesa come terreno fertile per la nascita della comparazione nonché gli obiettivi “globali” che essa si propone.

Come un cerchio che si chiude, per lasciare spazio a una nuova vicenda più complessa e più conflittuale, l’analogia delle origini della comparazione con la fase attuale della nostra vita giuridica, sotto l’impulso delle immense conquiste della tecnica e della scienza, in nome di una dimensione transnazionale che travalica di molto quella del mercato, sta nel fatto che i comparatisti vanno in cerca di un diritto comune a dimensione tendenzialmente universale per rispondere alle esigenze poste dalla “globalizzazione”.

Non vi è peraltro contraddizione con l’importanza che si attribuisce, nella storia della disciplina, alla vicenda delle grandi codificazioni.

La forma «codice» - per utilizzare l’espressione cara a Pietro Rescigno - nasce storicamente come elaborazione di un sistema organico di regole giuridiche nello specifico settore del diritto privato, cioè quello che, disciplinando le relazioni giuridiche tra i cittadini, più agevolmente sfugge alla volontà discrezionale del sovrano. Questa, nell’epoca precedente all’affermarsi dello Stato di diritto, domina il campo assegnato invece ai rapporti tra il cittadino e lo Stato.

La forma «codice» nasce dunque tesa a suffragare l’eguaglianza dei cittadini, perseguire la rimozione delle aree di diritto singolare, costituire riparo dall’arbitrio dei poteri, nell’idea della tripartizione tra legislativo, giudiziario ed esecutivo di montesquieiana memoria.

I suoi antecedenti si rinvergono, com’è noto, nel pensiero giuridico della prima metà del XVIII secolo, che, nel sostenere con forza la necessità della chiarezza della legge, della sua applicazione uniforme, dell’assenza di ambiguità del suo dettato, spinge prima alle consolidazioni, successivamente alla codificazione. Da questo secolo, infatti, l’Europa è in fermento per l’emanazione delle costituzioni e per l’elaborazione dei primi codici.

Il codice ottocentesco costituisce un reale sovvertimento rispetto al precedente sistema normativo, e i diversi codici che man mano appaiono dopo il Code Napoléon



configurano risposte adeguate alle esigenze e alle richieste di rinnovamento giuridico che provengono dai gruppi sociali economicamente e politicamente rilevanti. E tuttavia il dibattito sulla opportunità di codificare il diritto di una nazione, cristallizzandolo e imponendolo a tutti gli strati della popolazione, è vivace soprattutto in Germania e presto dal continente varca il canale della Manica per coinvolgere i giuristi inglesi.

Per quanto concerne la Germania, è celebre la polemica fra von Savigny e Thibaut sull'opportunità oppur no di redigere un codice di diritto civile uniforme per l'intero territorio tedesco. La necessità di una codificazione riformatrice dell'intero diritto civile è sostenuta con vigore da Thibaut nel pamphlet apparso nel 1814 intitolato "Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerliches Recht für Deutschland". Sono necessarie a tal fine due precondizioni: la perfezione sia della forma sia del contenuto di tale opera legislativa, poiché in modo chiaro e inequivocabile si provveda a creare un "ordinamento adeguato delle istituzioni civili, conforme alle esigenze dei sudditi".

Von Savigny risponde con il saggio "Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", anch'esso del 1814, nel quale rifiuta la sistemazione del diritto, e in particolare del diritto civile, in codice. Per Savigny la fonte più rilevante di diritto risiede nella stessa scienza giuridica, che sia tuttavia "in progresso organico" e che possa essere comune all'intera nazione. Questa visione prevale per tutto il XIX secolo, che vede la Pandettistica svolgere la funzione di fonte del diritto fino alla promulgazione del BGB, che peraltro è figlio e si legittima nel nome della Rechtswissenschaft, dunque in base all'autorevolezza dei Doctores - del "Professorat".

Delle caratteristiche proprie di ciascun codice civile che appare nell'Ottocento non si può discutere in questa sede. Basti ricordare che nel XIX secolo molti paesi della tradizione di civil law adottano codici, abbracciando almeno nella forma il modello francese. In particolare, fedeli al modello prestigioso si dimostrano il codice civile italiano del 1865 e il codice civile spagnolo del 1889. Il secondo esporterà il modello di là dall'oceano in gran parte dell'area latinoamericana. In tutti questi paesi, in particolare in Francia e Germania, si



verificano le precondizioni della codificazione, ovvero quegli accadimenti che servono ad assicurare la nascita di un codice originale, e cioè: un potere centrale risoluto a superare le resistenze future dei giuristi intrinsecamente conservatori; il favore verso regole d'insieme non casistiche, non provvisorie, non frammentarie; l'avvenuta elaborazione di tali regole e la loro organizzazione in sistema da parte di una dottrina concorde e autorevole.

In Italia, Napoleone provvede ad estendere ai territori occupati la vigenza dei codici francesi. Questi non vennero travolti dalla restaurazione anzi costituirono il modello per i codici che via via s'introducevano nelle diverse regioni italiane, tranne che nel Lombardo Veneto, dove vigeva l'ABGB austriaco, mentre nel Granducato di Toscana e nello Stato Pontificio trovava ancora applicazione il diritto comune accanto alle compilazioni e ai provvedimenti legislativi emanati dalle competenti autorità.

Il Codice albertino del 1861 riproduceva in gran parte quello francese. Naturalmente il Codice civile unitario del 1865 si trova ad essere di chiara derivazione napoleonica, con una rilevante eccezione, tuttavia, che ne fa un modello in parte originale. Esso, infatti, contiene una parte introduttiva in tema di diritto internazionale privato fortemente voluta da Pasquale Stanislao Mancini. Per il resto, la rispondenza al modello francese è tale da accogliere al suo interno le elaborazioni giurisprudenziali che nel frattempo si erano originate in Francia, ad esempio quelle relative alle associazioni e in generale alle comunità intermedie, la cui disciplina era assente nel testo originario del codice civile dei francesi. D'altro canto, nel diciannovesimo secolo la dottrina italiana è tributaria di quella francese, recependo e facendo proprie teorie quali quella sull'abuso del diritto e sulla funzione sociale della proprietà, formulate per la prima volta in Francia da Duguit e Josserand. Stessa sorte toccava alla giurisprudenza francese, attentamente considerata dalla dottrina italiana, tanto da essere il tramite della penetrazione in Italia della teoria dell'apparenza e dell'arricchimento *sine causa*, entrambi istituti di creazione giurisprudenziale in Francia.

Soltanto con l'apparire del XX secolo l'influenza del modello francese cede il passo, per buona parte, a quello tedesco. Vittorio Scialoja traduce l'intero Sistema del diritto romano



attuale di von Savigny. Fadda e Bensa traducono con ampie note di commento l'opera di Windscheid. Altri autori tedeschi vengono tradotti da giuristi italiani nel medesimo periodo, ovviando in tal modo all'ostacolo della lingua assai meno conosciuta in Italia rispetto a quella francese. Si giunge così all'affermazione, a partire dagli anni venti e trenta del novecento, della scuola neosistemica che trova espressione nella migliore civilistica italiana, da F. Ferrara senior a G. Messina, in seguito con Salvatore Pugliatti ed Emilio Betti, da Carnelutti fino a Francesco Santoro Passarelli: si cercava una ricostruzione del sistema armoniosa e coerente che potesse, con le parole di Francesco Ferrara, «ordinare il diritto positivo in un tutto sistematico, in cui ogni...concetto serve di base ad una serie di applicazioni, le nozioni più lontane si avvicinano e si illuminano del contatto, in cui cioè il diritto positivo ci appare come un organismo giuridico, strutturalmente e funzionalmente». Si facevano proprie moltissime delle figure dommatiche elaborate dalla dottrina tedesca, dal negozio giuridico – *Rechtsgeschäft* – alla nozione di fattispecie – *Tatbestand* –, a quella di presupposizione – *Voraussetzung* –. Rimane estranea, così, la dottrina italiana alle tendenze antiformalistiche e realiste che si andavano diffondendo in Europa e negli Stati Uniti di America sin dalla fine del diciannovesimo secolo. Tullio Ascarelli, allontanatosi dall'Italia fascista per motivi razziali, esercita la sua magistrale docenza soprattutto in Brasile, scrivendo altresì di diritto comparato, con una lucida teorizzazione della necessità di indagare il diritto vivente in un determinato Paese e non quello declamato - in the books - dai codici e dalle leggi

La nuova codificazione del 1942, dunque, si mostra fortemente tributaria dei modelli offerti dalla dottrina – e dalla giurisprudenza – tedesche. Permane, ovviamente, molto del modello francese. Ma ciò che occorre sottolineare è che i maestri che contribuirono alla nuova codificazione erano decisi a tenere separati le esigenze del diritto da quelle della politica. Il che spiega come il nostro codice civile, nonostante sia stato elaborato nell'intervallo tra le due guerre, abbia concesso pochissimo all'ideologia fascista allora imperante.

Si traccia così la prima grande differenza tra diritto inglese e diritti dell'Europa continentale, l'uno appartenente all'area del diritto non scritto, o meglio giurisprudenziale,



casistico o rimediale che dir si voglia; i secondi rigorosamente inclusi, alle origini e per lungo tempo, nell'area del diritto scritto, altresì di produzione legislativa.

4. E' osservazione comune che soltanto in Inghilterra, soprattutto a partire dalla occupazione normanna del 1066, da parte di Guglielmo il Conquistatore, inizia la creazione di un sistema giuridico nazionale essenzialmente inglese, applicato da tribunali inglesi, sviluppato da giudici, re e parlamentari inglesi, e conservato nei tipici annuari inglesi, i *law reports* e i trattati. Al contrario, nel resto d'Europa alla fine del medioevo il diritto romano, trasformandosi in diritto comune, si sostituisce alle consuetudini locali, con successo inversamente proporzionale alla vitalità di esse. Il latino diviene la lingua del diritto nell'Europa continentale; al contrario in Inghilterra si assiste a un originale fenomeno, ovvero la creazione di una lingua specifica per il diritto, un linguaggio arcaico, portato dagli invasori normanni ma ben diverso dal francese parlato nel continente. Idioma che prende il nome di *Law French* e che può essere compreso soltanto da una minoranza colta e dai tecnici del diritto.

Questo diritto, di natura consuetudinaria, diviene comune all'intero paese, per l'appunto il *common law* degli uomini liberi d'Inghilterra, coloro i quali, cioè, ricadessero sotto la giurisdizione diretta dei tribunali reali centrali. Esso, non formulato in testi scritti e definitivi, si pone come diritto dichiarato quando e come se ne ravvisi la necessità, funzionale alla risoluzione di una controversia. Nasce dunque essenzialmente come *case law*, per di più assolutamente nazionale - soltanto assai più tardi cosmopolita, in seguito all'esportazione nelle colonie inglesi -. È innegabile che questa sia la caratteristica essenziale del *common law*, come è innegabile che non essendo nato da formulazioni normative assolute e generali nonché dotate di sanzioni nell'ipotesi di loro violazione, diventassero essenziali per il dire e dare giustizia le disposizioni dettate dai giudici nei casi particolari, poiché attraverso esse viene dichiarato il diritto.

E tuttavia questo sistema di diritto non è l'unico conosciuto in Inghilterra. Infatti, i tribunali ecclesiastici applicavano il diritto canonico della Chiesa di Roma, anche se con le



modificazioni derivanti dalle consuetudini rispettate dalla Chiesa anglicana. Inoltre, la *Court of Chancery*, creata nel XIV secolo e che sviluppa l'importante giurisprudenza di *equity*, destinata a diventare un autonomo *corpus* normativo, non applicava il *common law* e per di più adoperava regole procedurali assai più vicine a quelle del modello romano-canonico che a quelle seguite dalle corti di *common law*. Anche la Corte dell'Ammiragliato (*Court of Admiralty*) si distaccava dal *common law* per adoperare nelle sue decisioni regole di diritto comune continentale. D'altro canto l'Inghilterra non si chiuse mai interamente all'influenza del diritto romano, se si pensa che nelle università di Oxford e Cambridge, le uniche esistenti per molto tempo in Inghilterra, il diritto romano e il diritto canonico s'insegnavano ai futuri vescovi e ai futuri diplomatici.

Ciò nonostante, il diritto in Inghilterra è percepito coincidente con la consuetudine immemorabile del regno che riposa nel petto dei giudici. Esso è e rimane nel corso dei secoli patrimonio nazionale, tanto connaturale alla nazione da non potersi, per un inglese, rappresentare altro modo di essere diritto. Ne sono logiche conseguenze l'affermazione, già in via di principio, quando si accende il dibattito, della impossibilità di farsi contaminare da modelli "stranieri", in particolare di origine romanistica, e il rifiuto di addivenire a qualsivoglia forma di codificazione. Neanche l'eloquenza di Bentham in difesa dell'opportunità, anche in Inghilterra, di una codificazione e un tentativo, alla fine dell'Ottocento, mai giunto all'esame del Parlamento, della formulazione di un codice di diritto penale pervennero ad alterare tali convincimenti.

Non vi è dubbio che in Inghilterra accanto alla dottrina del precedente vincolante, che con forza coercitiva assai varia nel corso dei secoli impone al giudice di adeguare le proprie decisioni a quelle già deliberate da sé medesimi o da una corte superiore - e che necessitava altresì di un sistema affidabile di documentazione delle sentenze emanate, cosa che si verificò con completezza soltanto nel XIX secolo - si sviluppava nel corso dei secoli anche un' imponente attività legislativa prima regia e poi parlamentare. Nonostante il rifiuto di procedere per principi generali e astratti, la necessità di legiferare per introdurre norme nuove o comunque diverse da quelle di origine giurisprudenziale divenne un fatto assodato



soprattutto quando, in epoca Tudor, il Parlamento si investì di tale funzione. Da questo momento in poi si ritiene esordisca in Inghilterra la legislazione in senso moderno. Tanto più che all'iniziale riottosità dei giudici di vedersi coartare nella loro funzione di dichiarare il diritto dalla volontà del Parlamento, si sostituisce man mano la convinzione di dover applicare la legge in modo tale da attuare la volontà del legislatore. Questo atteggiamento è mitigato dalla creazione giurisprudenziale di regole interpretative atte ad individuare, per l'appunto, il contenuto della volontà del legislatore; e modificarlo quando ciò occorresse, ma sempre nel rispetto degli scopi e delle finalità perseguite attraverso l'atto legislativo. D'altro canto, la dottrina del precedente è applicabile tanto al diritto legislativo quanto a quello giurisprudenziale e in tal modo si giunge ad imporre alle corti inferiori il significato attribuito alla legge dalla corte superiore.

La grande crisi economica e sociale in America e in Europa e l'affermarsi nella seconda dei regimi nazionalisti e autoritari compromettono ben presto l'andamento degli studi comparatistici. Emblematico è quanto succede in Germania, dove il codice civile viene preso ben presto di mira dal Partito nazional-socialista, che intraprende addirittura la stesura, abortita, di un nuovo codice, significativamente chiamato "Codice del popolo" – *Volksgesetzbuch* -. Si rimprovera al BGB la sua impronta romanistica, tanto da definirlo come un prodotto del "diritto straniero"; per di più di essere un diritto colto, comprensibile soltanto per i giuristi, estraneo allo spirito e alla morale nazista. Al contrario, il diritto – ben lontano in questa visione dall'essere scienza – doveva piegarsi agli scopi politici delineati dall'autorità, per l'appunto, politica: tra i giuristi di fede nazista sorge e si afferma l'idea che il diritto romano e il diritto comune avessero avuto la conseguenza disastrosa di sopraffare la tradizione giuridica frutto della vera cultura tedesca.

Dal canto suo, e significativamente, la Russia sovietica si separa e si chiude all'Europa occidentale. Anche in Italia e negli altri Paesi in cui man mano si affermano i regimi autoritari si predica il ritorno alla cultura nazionale autoctona e il rigetto dell'influenza dei diritti



stranieri. Con lo scoppio del secondo conflitto mondiale il diritto comparato entra nel buio più fitto.

La fine del secondo conflitto mondiale vede perdurare la crisi del comparatismo e dei comparatisti. Il che è conseguenza soprattutto del clima di sospetto e di ostilità tra i due blocchi contrapposti, del diritto socialista, da un lato, che abbraccia l'Unione sovietica e i suoi paesi satelliti; e quello del diritto "borghese", dall'altro, dei paesi c.d. occidentali.

Negli anni cinquanta del secolo scorso, in Europa procede faticosamente la ricostruzione materiale e morale delle popolazioni e delle società uscite dal secondo conflitto mondiale. I giuristi "occidentali" faticano a riconoscere non soltanto l'autonomia e la novità, ma addirittura la legittimità del nuovo sistema di diritto che assume il nome di diritto socialista. La teoria dell'affievolimento del diritto, inteso come sovrastruttura destinata a scomparire quando la società socialista, finalmente realizzata, avrà abolito lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Lo stravolgimento del principio di legalità, che nel diritto socialista capovolge il rapporto di forza della legge rispetto alle determinazioni e agli atti del potere esecutivo, espressione di quello politico, e così facendo snatura il principio della reciproca indipendenza dei tre poteri legislativo, giurisprudenziale ed esecutivo, in favore di quest'ultimo; il fenomeno della "relativizzazione" delle categorie giuridiche, la quale fa sì che i tradizionali istituti, agendo in una diversa struttura economico-sociale, conservino il proprio nome ma mutino completamente il contenuto e la funzione; tutte queste situazioni producono sconcerto e diffidenza in Occidente. La diffidenza e l'ostilità sono ancora maggiori, in particolare durante il periodo passato alla storia come "guerra fredda", tra i giuristi dell'Europa orientale, che nella comparazione giuridica vedono una minaccia di contaminazione da respingere con forza. Così, la terza fase della comparazione giuridica, nel periodo temporale che inizia dalla seconda metà del Novecento e si protrae fino agli anni settanta – ma via via attenuandosi – s'identifica nella netta contrapposizione tra il diritto dei paesi c. d. capitalistici e quello dei Paesi che appartengono all'area dell'ideologia leninista-marxista.



Dunque, se nella seconda fase l'antitesi si poneva tra *civil law* e *common law*, in questo periodo si contrappongono diritto occidentale e diritto socialista. Inoltre si fa strada un'ulteriore consapevolezza: con la decolonializzazione appaiono nuovi sistemi e nuovi ordinamenti che non si sa bene dove collocare, in un'ideale asse Nord-Sud. Si accentuano, in questi anni le controversie dottrinali sulla natura, sul contenuto e sui metodi della comparazione giuridica.

5. Come si vede, non è esercizio inutile ricostruire, sia pure in modo così rapido e incompleto, la incerta, talvolta incoerente ma sempre splendidamente complessa vicenda di ciò che noi chiamiamo comparazione giuridica. Poiché si scopre l'esistenza di una costante: fin dalle origini essa rilegge, rimescola, scompone e in un certo senso stravolge e distrugge ordini fin ad allora indiscussi e indiscutibili.

Nei tempi recenti è dato imbattersi assai di frequente nell'affermazione della natura sovversiva della comparazione giuridica. Infatti, la comparazione come strumento e fonte di conoscenza critica del diritto travolge necessariamente l'ordine prodotto da coloro i quali ricostruiscono il fenomeno secondo i canoni dell'ortodossia teorica, di frequente legati ai lasciti del giuspositivismo fiorentino nel secolo passato, ma ancora al giorno d'oggi potente tra i giuristi di diritto interno. Il fascino del diritto posto e dunque positivo, che s'intenda figlio dell'illuminismo, che esalta il ruolo del legislatore e tende a identificare il diritto con la legge; o che si preferisca discendente dal positivismo scientifico che attribuisce alla dottrina legittimazione esclusiva a interpretare lo spirito di un popolo e ricostruire un ordinamento giuridico sapienziale, che si tenda all'una o all'altra dimensione del diritto positivo, questo riemerge sempre come inespresa tendenza a circoscrivere la dimensione giuridica alle norme poste dall'autorità a ciò legittimata, da applicare e far rispettare.

Giustamente si sottolinea da più parti come positivismo legislativo e positivismo scientifico sono tuttora - anche se spesso negato o inespresso - il costume mentale dei cultori del diritto interno, per i quali vale esclusivamente il principio dell'unicità della regola del



diritto, intimamente connesso con quello ulteriore della necessaria completezza dell'ordinamento giuridico, per principio esente da lacune, di per sé armonioso e coerente in tutte le sue parti e partizioni.

L'approccio critico al problema, proprio del diritto comparato, che tanto deve alla magistrale ricostruzione di Rodolfo Sacco nell'elaborazione teorica delle metodologie d'indagine, scardina tale "luogo comune" della dimensione giuridica; luogo che non diventa più fruibile né dal comparatista né tanto meno dal giurista di diritto interno. L'individuazione del sistema dei formanti di un ordinamento giuridico, che, lungi dal contrapporsi al sistema delle fonti, lo affianca e lo colloca in una diversa dimensione, attribuendogli una distinta funzione, rende inutilizzabile il principio di non contraddizione nell'ambito della ricerca scientifica.

Nella visione sacchiana, i principali formanti di un ordinamento giuridico possono individuarsi nel formante legislativo, in quello giurisprudenziale e in quello dottrinale. Il primo proviene dalla individuazione della regola emanata dall'autorità legislativa di un determinato Stato o territorio di applicazione della medesima. Territorio che può essere individuato a sua volta da coordinate geografiche, unite ad ulteriori criteri di imputazione, oppure da indici svincolati dalla necessaria esistenza di coordinate geografiche: si pensi ad esempio alle regole emanate dagli organismi comunitari a ciò demandati. Il secondo consiste nell'applicazione da parte dell'autorità giudiziaria di un determinato Stato o territorio come dianzi specificato. Il terzo, svincolato da appartenenza a Stati o territori d'influenza risiede nella lettura sapienziale di quella regola con la conseguente collocazione nell'ambito di uno specifico ordinamento giuridico.

Ebbene, afferma Sacco, e con lui la maggioranza dei cultori del diritto comparato, mentre è esperienza comune che spesso questi tre formanti divergono in tutto o in parte tra di loro, il giurista di diritto interno tende a negare che ciò possa avvenire, o meglio ritiene che, rispetto alla norma posta, dottrina o giurisprudenza incorrano in un errore in quanto una e una soltanto può essere la lettura esatta. Ma lettura esatta rispetto a cosa? E qui il



ragionamento si complica di molto, poiché interviene prepotente con i suoi strumenti e le sue dottrine l'interpretazione giuridica, in quanto diretta a individuare il contenuto della norma e dunque a delimitarne l'esistenza. E si moltiplicano le risposte.

Lettura esatta rispetto all'armonia e alla coerenza dell'ordinamento giuridico, reso tale – armonico e coerente – dal rispetto dei principi generali che lo informano in quanto “basici”, cioè fondamentali e irrinunciabili: questa è la risposta del «positivista illuminato».

Esatta rispetto alla volontà del legislatore, a sua volta ricostruibile secondo i dettati della teoria dell'interpretazione: è la risposta del positivista puro.

Nell'un caso e nell'altro il ragionamento è applicabile soltanto all'interno del proprio diritto ed è tipica del giurista occidentale, in particolare di *civil law*, ovvero di diritto scritto.

Il giurista che si pone nell'ottica della comparazione si limita invece ad affermare che il principio di non contraddizione tra i tre formanti semplicemente non è configurabile o proponibile, meglio, semplicemente non esiste.

E non perché, com'è nell'ottica sacchiana, la comparazione, come la storia, deve limitarsi a registrare – questa volta in senso orizzontale, nello spazio, e non verticale, nel tempo (ma una cosa non esclude l'altra, nel susseguirsi dei passaggi di tempo) – proprio le eventuali contraddizioni tra i formanti, attraverso cui individuare quale regola è «effettivamente» vigente in un dato ordinamento e in un dato tempo storico; ma soprattutto perché è merito della comparazione giuridica aver chiarito una volta per tutte che non è individuabile in nessun tempo e in nessun luogo un unico meccanismo di produzione del diritto, di là dal sistema delle fonti normative che vige formalmente in un determinato ordinamento. È per l'appunto compito del giurista, che sia comparatista o sia «municipale», individuare, o meglio ricostruire la norma che, quale che sia la sua fonte e il meccanismo di produzione, si applica nel momento storico individuato a un determinato caso umano.

Se questo è vero, diventa assai importante sottolineare le contraddizioni tra i formanti, ricostruire se e come il legislatore abbia avuto ben chiaro il risultato che intendeva ottenere emanando una certa disposizione. Se essa invece non coincida e riceva una o più declinazioni



negli altri formanti; come avvenga che la giurisprudenza ribalti, trasformi in tutto o in parte o addirittura dia vita ad una regola propria nella soluzione di una controversia. E quale sia in questo processo il ruolo svolto dalla dottrina. Se e in quale misura questo fenomeno si traduca in una mutazione giuridica e da quale formante essa derivi.

In questa prospettiva, teoria dei formanti e teoria delle fonti tendono a convergere ed emerge con cristallina evidenza che non ha più molto senso, se non a scopo descrittivo, didattico, distinguere tra fonti di produzione formali e non formali del diritto. Come pure, portando a compimento l'impeto rivoluzionario del comparato, si ottiene la prova provata dell'impossibilità di identificare il diritto con la legge, consegnando tale distinzione agli archivi della storia.

Nel momento attuale dell'esistenza dell'uomo le fonti di produzione normativa si moltiplicano e si affiancano l'una all'altra nella propria dimensione di effettività e una di esse appare essere per l'appunto la comparazione giuridica. Di quest'ultima affermazione si tenterà di dar conto, con riferimento, ovviamente, ai paesi che nel momento attuale si riconducono nell'ambito della tradizione giuridica occidentale.

6. Non sono poi così lontani i tempi in cui i giuristi di diritto interno guardavano con altero disdegno, con sarcasmo o, nella migliore delle ipotesi, con benevolo divertimento allo sforzo di quei folli che, rivendicando uno spazio autonomo di rilevanza, discettavano di diritto comparato. E si chiudevano porte di prestigiosi atenei; si lanciavano accuse di diletterismo accademico, rivolte a chi, pretendendo di comparare, dimostrava di non conoscere - in questa provinciale lettura - né il proprio diritto né il diritto altrui. Figli di un dio minore, allora. Ma oggi?

Oggi, si può affermare con orgoglio, i comparatisti si mostrano protagonisti indiscussi della scena del diritto. Che poi ciò non si traduca in una effettiva incidenza sulla politica accademica, è cosa diversa e in un certo senso di poco momento.



Per un comparatista della mia generazione, infatti, è motivo di profonda soddisfazione prendere atto del fatto che non soltanto prevale ovunque, nell'analisi delle discipline positive, l'approccio casistico e non dommatico dell'interprete, cioè proprio quello così connaturale al giurista di diritto comparato, che contestualizza, situa non soltanto nelle circostanze del caso concreto, ma soprattutto all'interno della lettura attualizzata della normativa, la ricerca della regola applicabile. Da un lato.

Dall'altro, l'evidenza che nessuna ricerca, nessuna analisi giuridica oggi prescinde, indipendentemente dal settore disciplinare in cui essa si colloca, dal confronto con il diritto di ordinamenti differenti dal proprio.

Quale immane contributo ha dato la comparazione all'evoluzione della scienza giuridica. Quest'ansia d'interrogarsi, di mettersi continuamente in discussione, la curiosità come molla dell'indagine, fanno sì che ci si crei continuamente dei «tarli» mentali. Anche se questi rischiano, talvolta, di spostare l'attenzione dalla vita, meglio dai problemi della vita, alla teorizzazione della stessa, e dunque condurre all'astrazione dai problemi.

Ne fa prova, ad esempio, il dibattito mai sopito sulla nozione di tradizione giuridica e in particolare di tradizione giuridica occidentale.

La nozione, com'è noto, proviene dagli studiosi di *common law*, ma in una accezione assai differente da quella che assume nei sistemi europei continentali.

Da Maitland a Gorla, «history involves comparison», e «comparison involves history». Nel mondo di *common law* il diritto come prodotto della cultura di un popolo è funzionale al mantenimento e allo sviluppo di un sistema aperto, in cui la circolazione sovranazionale delle soluzioni elaborate dalla prassi applicativa è considerata non soltanto normale ma anche legata da una nozione statalista dell'ordinamento.

Giustamente si sottolinea come le costruzioni prodotte nell'area di *common law* fanno riferimento al diritto come parte di una vicenda intellettuale valutata prevalentemente sotto il profilo del suo sviluppo nel tempo piuttosto che nello spazio. Sì che nella prospettiva della tradizione giuridica le specifiche regole, sui contratti, sulla responsabilità, sui reati, non sono



«tradizione», ma il riflesso di essa in quanto insieme di attitudini circa la natura del diritto, il ruolo di questo nella società, l'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico e via enumerando.

Ovvero, nella prospettiva della tradizione giuridica il diritto è cultura, meglio è espressione parziale di una determinata cultura.

Questa efficace ricostruzione, che svincola il diritto dalla volontà del principe o comunque di un legislatore onnipotente, ben poteva ed è stata da taluno letta nel senso di rinchiudere nuovamente il diritto nei ristretti confini di una dimensione nazionale della stessa nozione di cultura. Ma la forza della vita è assai più potente di qualsiasi ideologia, soprattutto quando si richiama la cultura nazionale ogni volta per contrastare l'evoluzione di una vicenda giuridica, di un istituto, di una regola già segnata dalla storia, come naturale portato della tradizione giuridica in cui ci si colloca. Perché anche la nozione di tradizione è in continua evoluzione, poiché segna l'esistenza dell'uomo e dall'esistenza umana è segnata - Paolo Grossi *docet* -.

Uno dei meriti maggiori della comparatistica, e della comparatistica italiana in particolare, è di aver esaltato la sua valenza antidogmatica attraverso il richiamo al principio del *verum ipsum factum* - G. B. Vico -. L'amore per la complessità, quanto prezioso nei tempi nefandi dell'eccessivo amore per la semplificazione, porta all'interrogativo se esistano realmente verità storica e verità comparatistica oggettivamente accertabili. Anche per questo molto intriganti sembrano, ad esempio, le sfide che pone la ricerca delle interferenze tra il profilo giuridico e quelli della lingua, della letteratura e del patrimonio culturale in generale. Il movimento su diritto e letteratura, nella duplice accezione del diritto *nella* letteratura e del diritto *come* letteratura, è stato osservato con grande attenzione dai cultori delle scuole comparatistiche italiane, che, forse anche in virtù di un'antica frequentazione dei testi di Benjamin Cardozo, James Boyd White, Ronald Dworkin e di tanti altri, sono approdati per primi a questo nuovo terreno di ricerca.



Ma non è questo il punto. È indubitabile che ogni ricostruzione del passato non sfugge ai condizionamenti del presente cui essa è funzionale.

Un errore particolarmente pernicioso per il giurista cultore del diritto comparato non è soltanto quello di descrivere il diritto come fenomeno radicato, al pari della lingua, nelle tradizioni locali, ma anche e soprattutto quello di ricondurre l'analisi comparatistica a una dimensione squisitamente verticale: l'uso della nozione di esperienza giuridica - coincidente con quella di tradizione - che fanno ad esempio i romanisti e gli storici del diritto. Sono tuttora in auge i riferimenti al diritto romano in chiave attualista, soprattutto da parte dei fautori della comparazione retrospettiva o studio storico del diritto comparato, che la intendono spesso come «bonne a tout faire».

Dalla nozione di tradizione giuridica, in quanto veicolo per ricondurre il diritto alla cultura, scaturiscono ben altre conseguenze. Soprattutto se si tien conto del fatto che si è di fronte a una nozione per così dire multidimensionale o meglio a valenza multidimensionale.

La vera ragione della sua vitalità non è tanto nel fatto di separare culture profondamente differenti (per esempio quella musulmana da quella occidentale); mentre in precedenza serviva a superare l'ostacolo di strutture profondamente differenti - *civil law* e *common law* oppure diritto capitalistico e diritto socialista -.

Quanto nel fatto che i nostri sistemi continentali chiusi e codicisticamente incentrati si sono trasformati in sistemi aperti, seppure in maniera diversa da quello inglese, che anzi ora partecipa della stessa vicenda. Sistemi aperti, come è aperta e non nazionalistica la cultura che li sorregge; caratterizzati altresì dal pluralismo e dalla interazione tra fonti di produzione normativa interne ed esterne a ciascun ordinamento, istituzionalizzate oppur no. Il fenomeno coinvolge ciascun settore dell'esperienza umana, non più soltanto quello tradizionale del mercato. Anzi esso si accentua proprio quando si dibatte di diritti esistenziali e supera ampiamente il confine europeo. Ne fa prova ciò che viene chiamato «uso giurisprudenziale della comparazione» ovvero l'atteggiamento sempre più diffuso e sempre più frequente delle corti nazionali e internazionali che richiama materiali giuridici stranieri



quando offre la soluzione di una controversia, sia che si tratti di un uso normativo o «forte» del diritto straniero o si tratti di un uso dialettico del confronto con altre esperienze adoperato come fonte di interpretazione del diritto nazionale. Ovviamente, questa diversificazione è legata alla specificità dell'ipotesi, secondo che si tratti oppur no di applicare nell'ordinamento nazionale – e dunque di interpretare – regole provenienti da un diverso ordinamento, ad esempio quello comunitario. O si tratti invece di individuare all'interno del proprio ordinamento la regola applicabile alla controversia da risolvere. Un esempio in Italia è la visione di Sabino Cassese (del resto assai tributario del pensiero di Markesinis) quando fa riferimento al ruolo assunto dai giudici nella «arena globale» del diritto, ruolo definito costituzionale in quanto in essa i giudici determinano verticalmente i rapporti fra i diversi ordini giuridici, nazionali ed internazionali, oppure integrano orizzontalmente i sistemi normativi settoriali, all'interno dello spazio giuridico in cui convivono differenti ordinamenti, statali oppur no, ma tutti idonei a produrre diritto. Il diritto comparato, da strumento per la conoscenza mediante l'apprestamento dello strumentario tecnico proprio della dimensione giuridica, si evolve e si trasforma esso stesso in fonte del diritto.

Se questo è vero, diventa essenziale continuare a interrogarsi sul metodo – meglio, sui metodi – della comparazione giuridica.

7. Sul metodo, dunque.

Ha senso tornare a ragionare – ammesso che il dibattito sia mai stato abbandonato – su argomenti da lunghi anni dibattuti? Un ragionamento generale sul metodo, è ancora attuale?

Quando il dubbio rischia di travolgere, soccorre il ricordo di un'espressione tradizionale: “siamo nani sulle spalle di giganti” e chiedere aiuto ai maestri del passato.

Il ricorso è alla visione di Francesco Carnelutti. Immagini terribilmente attuali suggeriscono ancora, sul tema del metodo, le sue magistrali riflessioni.



Nel suo discorso sul metodo, chiarificatrice è l'affermazione secondo cui l'esistenza della materia giuridica non postula necessariamente l'esistenza «del» metodo giuridico. Infatti, se è vero che il metodo della conoscenza deve adattarsi alla specifica materia, è altrettanto vero che la via della conoscenza è una e una soltanto. “È una via accidentata e scoscesa, ad aprire la quale concorrono tutti insieme filosofi, matematici, fisici, biologi, storici ed anche giuristi”.

In tali percorsi, che necessariamente assumono caratteri distinti quando si adattano al fine perseguito, si rinvengono tuttavia delle costanti. Esse derivano dal fatto che la sostanza della scienza, e il fine della conoscenza, non è di registrare passivamente i dati, bensì di elaborarli. Tutto ciò Francesco Carnelutti lo poggia sul fondamento della comparazione. Ossia, di stabilire i rapporti tra i fenomeni – per quel che noi interessa, i fenomeni giuridici – attraverso l'uso della comparazione. In questa visione, la comparazione costituisce quella fase della scienza che precede l'elaborazione del dato.

Di conseguenza, il ragionamento procede su vie sicure. Nell'analisi dell'esperienza il ricercatore scopre un sistema di «permanenze», composto dalle costanti tra i fenomeni, “relazioni stabili ...riassunte nei concetti...”. Anche Bobbio osservava le “permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia”.

Queste costanti per Carnelutti si traducono nelle “regole o norme giuridiche” di cui la legge positiva è soltanto una ripetizione artificiale e imperfetta. Che costituiscono inoltre le “regole per fare agire le regole del diritto”, cioè quelle regole che le leggi giuridiche devono rispettare se vogliono appartenere all'ordine giuridico e che quindi ne fondano la validità.

Tra queste spiccano le regole logiche, le leggi sull'interpretazione. Poiché il primo strumento del comando giuridico è proprio il linguaggio: “le regole del linguaggio servono, prima di tutto, a chi tocca comandare per far capire ciò che comanda e a chi tocca obbedire per capire ciò che gli è comandato”.

Accanto alle regole del linguaggio si pongono quelle psicologiche, fisiologiche, sociologiche, economiche e persino fisiche; ma nel pensiero di Carnelutti “l'opera del



legislatore non val nulla se non risponde alla giustizia”, e sotto questo profilo essenziali sono le regole etiche da osservare.

Si sfugge così alle rigide alternative del razionalismo, del formalismo, del sociologismo: la verità di una norma giuridica si misura sulla sua verificabilità, cioè sulla sua rispondenza al fatto sociale. Ed è per questo che la logica del diritto trova il suo limite nel diritto in quanto vita. “Vuol dire che bisogna capire gli uomini per capire il diritto. Ma questa materia è ribelle ai numeri ed anche alle parole”.

7. L'insufficienza della individuazione delle caratteristiche scientifiche basata esclusivamente sull'oggetto o solamente sul metodo indirizza le nuove correnti epistemologiche verso soluzioni che tengano conto insieme dell'oggetto e del metodo. In questa prospettiva, che collega il tema del metodo a quello dell'oggetto della comparazione, il dibattito non ha perso di attualità, anzi ne ha conquistata una nuova.

L'idea di comparare singoli ordinamenti, sulla scorta della rigida dicotomia diritto interno/diritto straniero, sembra oramai cogliere una sola immagine di un prisma le cui sfaccettature appaiono molto più complesse.

La comparazione è divenuta una scienza composita, ma al contempo flessibile, votata ad un raffronto che prescinde dalle identità nazionali, pur non dimenticandone le tradizioni giuridiche. La comparazione come espressione di una struttura multistrato, per riprendere una felice espressione di P. G. Monateri.

In questo scenario - mare aperto lontano da porti sicuri -, il metodo viene in soccorso dell'interprete, guidandolo come un'immaginaria stella polare. Oggetto della comparazione non sono più - o, meglio, non sono soltanto - gli ordinamenti nazionali, ma il diritto nel suo insieme, che prescinde dalle fonti (legislativa, giurisprudenziale, dottrinale), dall'autorità dalla quale promana (dove il richiamo non è solo a *soft law* e *hard law*, ma anche alle diverse declinazioni intermedie tra tali due estremi), dall'origine (interna, regionale, internazionale).



Si assiste, dunque, ad un diritto internazionale, non nel senso tradizionale di un diritto unificato convenzionalmente, ma, come si usa dire con un'espressione entrata nel lessico comune, di un ordine giuridico mondiale, che mette in crisi la costruzione stessa in sistemi giuridici. Si determinano così degli spazi aperti, spazi giuridici che prescindono dalla nozione di territorio e di Stato. Si avverte, in un contesto così fluido, l'impossibilità di appigliarsi ai paradigmi tipici, con i quali si era abituati a confrontarsi.

Cambia, dunque, anche il ruolo del comparatista. Non certo uno studioso impegnato «nella creazione di un linguaggio oscuro a chiunque tranne che agli iniziati», preoccupato di elaborare «idee e teorie senza utilità pratica [...] destinate a soddisfare solo quelli che trascorrono il proprio tempo ad elaborarle, quindi a citarsi l'un l'altro auto-compiacendosi» (sono parole di Basil Markesinis).

Al contrario, i comparatisti, liberatisi finalmente dall'angusta visione che li considerava – seppur non apertamente – personaggi esotici, dediti allo studio di materie vuote e sterili (come pure si è scritto), da invitare ai convegni solo per offrire uno sguardo fuori dai confini nazionali, rivendichino un peso fondamentale nel nuovo contesto necessariamente multinazionale.

Un contesto nel quale i comparatisti non sono però, come nel passato, ambasciatori nazionali, protesi alla difesa del diritto interno nel comune sforzo di uniformazione, ma giuristi globali, interessati a rispondere a domande reali, a problemi per loro natura sovranazionali e, infine, a concorrere a determinare l'emersione di un diritto che non è più la convergenza o la sintesi di singole esperienze nazionali, ma che, sempre più spesso, nasce autonomamente e originariamente come un diritto fondato su regole sue proprie.

Anzi, si assiste ad un processo inverso. La storia ci aveva abituato alla formazione del diritto sovranazionale che partiva dalle esperienze nazionali.

Successivamente, ci si è confrontati con un processo di *feedback*, ampiamente studiato dai cultori del diritto privato comunitario: una circolazione che parte dal diritto nazionale,



influenza la creazione del diritto comunitario (che sovente elegge il modello considerato migliore o più efficiente), e ritorna, modificandolo e adattandolo, al diritto nazionale.

Oggi, al contrario, sembra che la creazione del diritto avvenga sovente sul piano direttamente sovranazionale, con l'elaborazione di categorie nuove che, pur essendo riconducibili a retaggi nazionali, nascono come idee autonome e nuove.

Dal profilo squisitamente economico il fenomeno della globalizzazione, dalla progressiva transnazionalità del commercio con la conseguente dilatazione dei mercati trascende tali confini e si estende a campi che riguardano più strettamente la persona. Questo straordinario e complesso fenomeno che sconvolge gli equilibri politico-economici del pianeta interessa il giurista per più versi. Infatti, è all'origine dello sviluppo di fonti di produzione normativa a carattere transnazionale e sovranazionale, da un lato; dall'altro spinge alla proliferazione di ipotesi concrete di autoregolamentazione da parte dei soggetti – privati – del mercato. Per altro verso ancora, favorisce la circolazione dei modelli e delle regole giuridiche appartenenti a differenti ordinamenti, conquistando spazi sempre più ampi alla normazione uniforme. Se questa poi oltrepassa le materie dell'economia e dei commerci, opera una peculiare commistione di culture ed esperienze giuridiche tanto da travolgere la tradizionale classificazione degli ordinamenti in famiglie giuridiche e da riformulare ampiamente la descrizione della vicenda dei trapianti giuridici da ordinamento a ordinamento.

Ma le frontiere del diritto comparato, oltre che mobili, sono ampie.

L'ordine giuridico mondiale impone anche di riflettere, da un lato, sulle forme di *governance* e, dall'altro e forse preliminarmente, sui processi di costituzionalizzazione o, più semplicemente, di condivisione ed estensione dei diritti.

Si avverte, in questo campo, l'inevitabile superamento del binomio pubblico e privato che, lungi dal rappresentare monadi separate, instaurano un continuo e necessario dialogo.

La propensione verso un ordine giuridico mondiale si scontra, però, con un problema che appare insormontabile. Un vicolo cieco, del quale conosciamo l'ingresso, ma del quale non riusciamo ad intravedere la via di uscita.



Mi riferisco, in particolare, al fatto che l'ordine globale, nell'accezione fatta propria, tra gli altri, da Sabino Cassese, si scontra con un disordine, che non è risolto dalle istituzioni sovranazionali. Istituzioni che hanno la peculiarità di essere sottratte ai confini nazionali, diversamente dagli organi pubblici nazionali, ma che, a differenza di questi ultimi, non hanno una competenza funzionale diffusa, ma limitata a specifiche materie.

Gli organi della globalizzazione – se così si vuole definirli, con un'espressione volutamente generalista – sono sì organi sovranazionali, ma con una competenza funzionale limitata.

In tale contesto, può apparire azzardato discorrere di un costituzionalismo mondiale o, se si preferisce, di una mondializzazione dei diritti costituzionali (che però è cosa diversa) e della necessità di ragionare di nuove categorie, a partire da quella della sovranità che, per quanto progressivamente dilatata, non mi sembra che ben si attagli al piano globale.

A livello comunitario il solco è però segnato, e non è certo un male. Il processo di costituzionalizzazione europeo ha segnato un punto di non ritorno. E, al tempo stesso, un punto di partenza.

Quantomeno se si concorda, con Stefano Rodotà, che il “sentiero costituzionale” comunitario debba essere guardato come un'affermazione dei diritti civili e dei diritti dei singoli e non, invece, come una forma di centralizzazione dei poteri pubblici ai danni dei governi locali.