

---

**Estratto**

Estratto da un prodotto  
in vendita su **ShopWKI**,  
il negozio online di  
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria  
professionale, del software, della formazione  
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,  
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



## CAPITOLO PRIMO

### VERI E FALSI PROBLEMI DELLA COMPARAZIONE

SOMMARIO: § 1. Lo scopo della comparazione. – 1. Il falso problema degli scopi delle scienze. – 2. Diritto comparato e comprensione fra i popoli. – 3. Comparazione giuridica e concordanza dei modelli. – 4. Comparazione e unificazione del diritto. – 5. Scienza del diritto comparato e metodo comparatistico. Una antitesi? – 6. Lo scopo della comparazione giuridica in quanto scienza: misurare le differenze esistenti tra modelli giuridici, così contribuendo alla conoscenza dei modelli messi a confronto. – 7. Diritto comparato e miglioramento del diritto nazionale (mediante imitazione di modelli stranieri). – § 2. Come comparare? – 8. È possibile comparare? Entro quali limiti? – 9. L'esperienza comparatistica ha bisogno dell'esperienza antropologico-giuridica. – 10. Le contrapposizioni estreme tra sistemi: il legislatore, il giurista, lo Stato, il soprannaturale.

#### § 1. LO SCOPO DELLA COMPARAZIONE

##### **1. *Il falso problema degli scopi delle scienze.***

Si domandi ad un astronomo quali siano gli scopi dell'astronomia: la risposta sarà, più o meno, la ripetizione della domanda che gli è stata posta; egli dirà, cioè, che lo scopo dell'astronomia consiste nella conoscenza della natura e dei movimenti degli astri. Questa risposta è perfettamente appropriata: la scienza soddisfa il bisogno di conoscere, bisogno che caratterizza l'uomo; ogni scienza, in particolare, soddisfa il bisogno di acquisire questo o quell'insieme di nozioni, che corrispondono all'oggetto della scienza considerata.

È vero che le conoscenze teoriche potranno produrre applicazioni pratiche; non si sarebbe giunti sulla luna, senza l'astronomia. Ma l'astronomia non ha atteso la possibilità di raggiungere la luna, per misurare le distanze che separano i pianeti del nostro sistema.

In genere, dunque, l'esame dei modi di utilizzazione dei dati elaborati da una data scienza non condiziona né la definizione né la validità della scienza medesima. Questa verità è nota, in modo generale, anche al giurista. Quale trattato di diritto processuale civile contiene un capitolo volto a giustificare il carattere scientifico della scienza processualistica mediante un elenco dei suoi scopi e delle sue utilizzazioni?

Solo per la comparazione giuridica talora si è adottato un altro peso e un'altra misura; si è pensato di doverne verificare le finalità. Questa verifica pare concepita come una specie di prova liberatoria, necessaria per garantire la legittimità della comparazione.

La vuota questione concernente le finalità della comparazione produce false risposte, che non resistono alla critica.

Vediamo le argomentazioni di chi ha trattato il tema.

C'è innanzi tutto chi crede di tessere un elogio tutto speciale della comparazione enumerandone le finalità connesse con varie forme di progresso e profilassi sociale, fra cui fanno spicco la migliore comprensione reciproca fra i popoli, la creazione di un migliore diritto internazionale pubblico, l'uniformazione e l'unificazione delle norme giuridiche, il miglioramento del diritto nazionale.

C'è chi va oltre, e vuole condizionare lo stesso riconoscimento della validità scientifica della comparazione alla sua capacità di conseguire questa o quella finalità pratica – in concreto, a preparare l'avvento di un diritto migliore –. La scienza comparatistica si identificherebbe con la ricerca di un modello migliore, condotta mediante l'analisi del modello straniero. La speculazione su modelli giuridici di ordinamenti diversi, priva di questo scopo, sarebbe una pura contemplazione, un'esercitazione erudita; non sarebbe scienza.

I discorsi in esame non sono dotati di una logica impeccabile. Se l'indagine comparatistica avesse come unica legittimazione l'utilizzo domestico del modello straniero studiato, dovremmo negare giustificazione a certi capitoli della comparazione: all'etnologia giuridica, per esempio. Parallelamente, dovremmo accettare certe conclusioni stridenti: se il giovane italiano va a studiare a Yale, dovremmo dire che vi matura una conoscenza scientifica, perché vi può ricercare modelli migliori di quello italiano; se invece il giovane giurista americano studiasse il diritto italiano dovremmo dire che matura una conoscenza non scientifica, perché non vi ricercherà mai modelli da imitare (tranne che non si occupi di diritto penale).

La pretesa che una funzione utilitaria sia essenziale per la legittimazione del diritto comparato è frutto di un malinteso (che oramai si sta superando).

Rimane vero, peraltro, che la scienza comparatistica può vantare specifiche, diversificate e straordinarie benemerenze sociali. Sul punto troviamo un'ampia (e disuguale) letteratura.

## **2. *Diritto comparato e comprensione fra i popoli.***

Ciò che stiamo per dire vale a dimostrare a quale grado di ridicolo si sia spinta la ricerca dello scopo della comparazione. Un sentimentalismo dolciastro ha infatti suggerito l'idea per cui la comparazione aumenterebbe la comprensione tra i popoli e contribuirebbe alla coesistenza delle nazioni. Una tale idea ci condurrebbe a credere che i poteri politici che hanno scatenato le due guerre mondiali si sarebbero forse fermati alle soglie della catastrofe se avessero seguito corsi di diritto comparato, o che Napoleone il grande avrebbe rinunciato ai suoi progetti di conquista se,

oltre ad occuparsi del codice che porta il suo nome, avesse studiato a sufficienza il *gemeines Recht*, il *common law*, e la *kormčaja pravda*.

La comparazione presuppone la conoscenza della regola giuridica straniera. Questa conoscenza in astratto può suscitare simpatia, oppure può portare altrettanto bene a reazioni polemiche. In ogni modo, la comparazione non comporta necessariamente una valutazione, positiva o negativa, favorevole o critica, delle istituzioni altrui.

La comparazione è potenzialmente imparziale ed ha il diritto di esserlo. Le scienze che si occupano dell'uomo non debbono, in quanto scienze, interrogarsi per valutare gli atteggiamenti degli uomini – la lingua, la religione, l'ideologia, il diritto –, assegnando loro certificati di buona condotta, nonché di conformità alla ragione e alla logica. Le scienze umane hanno per scopo di conoscere i comportamenti degli uomini, e di ricercare in seguito quale sia la logica propria e specifica, quali siano le ragioni proprie e specifiche, di tali comportamenti. Se le scienze umane non trovano questa logica e queste ragioni, è perché esse non hanno fatto una buona ricerca. Ma la scoperta della logica che domina in ognuna delle diverse culture non elimina la concorrenza – o la rivalità – delle culture, e tanto meno la concorrenza – o la rivalità – dei diversi poteri politici.

Si può tuttavia osservare che l'abitudine a riflettere sulla molteplicità dei modelli giuridici porta a non disconoscere il carattere naturale e legittimo del pluralismo culturale e giuridico; e a guarire il giurista dall'atteggiamento (istintivo e spontaneo, ma anti-scientifico) di chi interpreta l'universo alla luce della centralità della propria cultura. Hanno conosciuto questo punto di vista sviante gli europei continentali, un tempo convinti della superiorità dei sistemi romanisti, e gli euroamericani, convinti dell'inferiorità del diritto dei popoli senza scrittura.

### **3. Comparazione giuridica e concordanza dei modelli.**

L'accostamento di una regola a quella che ad essa corrisponde in un altro ordinamento, nonché la constatazione empirica della loro concordanza o diversità, è verosimilmente tanto antica quanto lo è la presa di coscienza del dato giuridico.

Nelle pagine iniziali di molti manuali si richiamano esempi di collezioni di dati tratti da ordinamenti diversi, risalenti ai periodi delle grandi culture greca e romana; il medio Evo ha visto compilazioni descrittive, dedicate ad esposizioni giustapposte di questo e quell'ordinamento e destinate a rispondere a questo o a quel bisogno specifico o transeunte.

Ma la nascita di una comparazione praticata con la consapevolezza di provvedere ad un bisogno permanente del giurista, e affidata ai normali criteri di validazione cui sottostà ogni ricerca scientifica, è sicuramente più recente.

La comparazione che si pratica nel ventunesimo secolo si riannoda senza soluzione di continuità a tentativi che l'hanno preceduta. Ma, risalendo all'indietro in questi precedenti, è difficile andare oltre l'opera di E. Amari (1857). La molteplicità delle codificazioni aveva suscitato il desiderio di vedere da vicino le loro divergenze.

Dopo di allora, per un lungo tempo, si esplicitò (o, addirittura, si considerò implicito!) che la conoscenza comparativa va di pari con l'obiettivo di mettere in evidenza i punti comuni, la funzione comune delle regole appartenenti ad ordinamenti diversi.

L'opera di E. Amari<sup>1</sup> è dedicata alla scienza della *legislazione* comparata. Qualche decennio più tardi, nel 1869, Laboulaye fondava in Francia l'importantissima Société de législation comparée, che doveva tenere il suo primo congresso nel 1900. In queste prime esperienze, non si parlava di diritti diversi. Si pensava che le regole postrivoluzionarie fossero dettate dal diritto comune e – più ancora – dalla ragione, e perciò fossero uniformi. Si potevano peraltro comparare le leggi, perché i diversi legislatori potevano essersi espressi con maggiore o minore fedeltà all'idea, con maggiore o minor chiarezza, in modo più o meno lacunoso, e ciò rendeva possibili confronti. Nessuna premessa pluralistica (fosse essa evoluzionista o semplicemente storicista) faceva fronte a questa ricerca dell'unità, da intendersi come unità di un modello implicito nei modelli legali.

Nel 1° congresso della Société de législation comparée (1900), R. Saleilles proclamava che «la scienza del diritto comparato nel senso giuridico del termine ha come oggetto il ricavare dall'insieme delle istituzioni particolari una base comune, o quanto meno punti di contatto capaci di mettere in luce l'unità fondamentale della vita giuridica universale»<sup>2</sup>. Gli hanno fatto eco E. Lambert<sup>3</sup> e altri<sup>4</sup>.

La ricerca del nucleo comune non è mai venuta meno, è viva anche oggi<sup>5</sup>, ed è certamente legittima.

Ma nessuna scienza deve prefissare i risultati delle sue ricerche. La comparazione non deve prescegliere ciò che troverà. Potrà trovare concordanze, principii (più o meno trascendenti) uniformi, potrà trovare nuclei comuni. Deve essere pronta a trovare discordanze, principii contrapposti, nuclei diversificati. O potrà trovare regole strumentali non coincidenti, capaci di creare differenze più o meno profonde negli strati meno visibili dell'ordinamento. Può trovare identicità o diversità<sup>6</sup>.

La comparazione presuppone la pluralità dei modelli giuridici. Nulla le impone di considerare questa pluralità come un dato soltanto apparente.

Nessun linguista accetterebbe di considerare valida solo quella parte della sua scienza che ha come oggetto i dati comuni di tutte le lingue, e invalida quella che si occupa della varietà delle forme grammaticali e lessicali.

L'idea che collega comparazione e constatazione delle concordanze era destinata ad essere messa in crisi non appena il giurista romanista scoprì i sistemi di common law e non appena il giurista dello standard culturale euroamericano scoprì il diritto dei paesi asiatici.

<sup>1</sup> E. AMARI, *Critica di una scienza*, cit.

<sup>2</sup> R. SALEILLES, *Conception et objet*, cit.

<sup>3</sup> E. LAMBERT, *La fonction*, cit.

<sup>4</sup> Nel vocabolario giuridico dir. da H. CAPITANT (Parigi, 1936, 208) la definizione del diritto comparato è tuttora pienamente legata a questo modello.

<sup>5</sup> Uno splendido esempio si trova in R. SCHLESINGER (gen. ed.), *Formation of contracts*, 2 voll., Londra, 1968.

<sup>6</sup> M. ANCEL, *Unità e metodi*, cit., *passim* e in specie 55 ss.

O per queste ragioni, o per altre, la visione ispirata alla ricerca dell'unità non sopravvisse oltre i tempi della prima guerra mondiale.

#### 4. Comparazione e unificazione del diritto.

Dal periodo della prima guerra mondiale, i comparatisti si proposero non più di trovare le concordanze, ma di crearle.

Sbandierarono l'ideale dell'unificazione, o quanto meno dell'uniformazione<sup>7</sup>, del diritto. E, cosa più significativa in una storia della scienza, pensarono che lo scopo stesso della comparazione, indissolubile da essa, fosse l'unificazione. «Qualunque sia la meta che il comparatista si propone, egli deve aver presente come estremo miracolo l'unificazione internazionale del diritto privato» ebbe a scrivere uno di essi<sup>8</sup>.

Nel 1924 fu fondata l'Accademia internazionale di diritto comparato, che è poi vissuta rigogliosamente. Nello statuto essa pose come proprio compito l'uniformazione del diritto<sup>9</sup>.

Nel 1928 nasceva a Roma UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé, da qualche decennio organo dell'ONU), che promuove l'uniformazione del diritto privato<sup>10</sup>.

Anche l'ONU ha predisposto organi chiamati a promuovere l'uniformazione o la armonizzazione di dati settori del diritto, ad es. UNCITRAL.

L'unificazione, nell'ottica che illustriamo, è considerata evidentemente come un bene. Poiché a suo tempo dovremo dedicare alla questione una trattazione apposita, rinviamo ogni conclusione in merito.

<sup>7</sup> Uniformazione (uniformisation) delle norme è quel procedimento per cui diversi legislatori adottano una norma formulata nello stesso modo, o un unico legislatore introduce in più ordinamenti norme formulate in modo identico. Essa va distinta dall'unificazione. Quest'ultima consiste nella creazione di una norma unica, applicata a cura di autorità appartenenti ad un'unica piramide o di operatori che agiscono con unità di intento, illustrata da un corpo unitario di giuristi, e destinata a sostituire una pluralità di norme divergenti e autonome.

Così, ad es., l'entrata in vigore del c.c. (it.) del 1865 ha *unificato* il diritto civile italiano; l'entrata in vigore del Trattato di Roma ha *unificato* il diritto europeo in materia di intese; le convenzioni di Ginevra, e la legge uniforme sulla vendita internazionale di prodotti, hanno *uniformato*, senza unificarlo, il settore giuridico di cui si sono occupate.

Sull'importanza del diritto uniforme S. FERRERI, *Le fonti normative di produzione non nazionale*, Torino, 1984; EAD., *Le fonti...*, in *Trattato Rescigno I*, Torino, 1982; EAD., *Unificazione, Uniformazione del diritto*, in *Digesto IV ed. civ.*, XVII, 1998, 49.

<sup>8</sup> M. SARFATTI, *Introduzione*, cit., 121. Fra i fautori di questa concezione ricordiamo H. LEVY-ULLMANN.

La concezione in esame lascia sopravvivere residui rilevanti. I problemi dell'unificazione sono considerati come problemi della comparazione, e perciò trattati, in capitoli ad hoc, nell'ambito di manuali di introduzione alla ricerca comparatistica.

<sup>9</sup> Art. 11: «L'oggetto principale dell'Accademia è lo studio del diritto comparato nel suo aspetto storico e il miglioramento delle leggi dei diversi paesi del mondo – particolarmente nell'area del diritto privato – sopprimendo e conciliando le divergenze».

Alla fine del 1991, su proposta di R. Sacco fatta propria dalla presidenza e deliberata dai soci, l'art. è stato mutato. Ora esso recita (art. II): «L'oggetto dell'Accademia è lo studio comparativo dei sistemi giuridici».

<sup>10</sup> Essa ha al suo attivo la promozione della LUFI e della LUFCVI, antecedenti immediati della legge convenzionale uniforme sulla vendita di prodotti. Ha poi curato il notissimo progetto di codice del commercio internazionale.

Notiamo, fin d'ora, che uniformità e pluralismo si escludono a vicenda, così come il margine per la creazione e la mutazione spontanea di norme decresce quanto più vengono estese le aree entro le quali la norma deve rimanere identica.

Come dicevamo, l'uniformazione è stata presentata come lo scopo unico e necessario della comparazione. Anche oggi, essa è presentata come una conquista che la comparazione è chiamata a rendere possibile e facile.

In realtà, la storia non conferma che l'antecedente immediato dei fenomeni di uniformazione sia stato, fino ad oggi, una scienza giuridica orientata verso la comparazione. Lo ius commune si diffuse in Europa perché i concorrenti che esso trovò sul suo cammino rivelavano al primo sguardo di non avere le sue qualità, né il suo prestigio, e di non avere il conforto di una scienza capace di illustrarli. I giuristi che, nell'insegnamento o nella vita forense, utilizzavano i modelli romano-comuni a detrimento dei modelli locali non svolgevano certo una previa e approfondita comparazione fra gli uni e gli altri. In realtà, essi conoscevano spesso i soli modelli romano-comuni (i soli che venissero insegnati nelle università). In questo senso, la recezione può essere favorita, più che dalla comparazione, dall'ignoranza.

Analogamente, i modelli tratti dal Code civil si diffusero ovunque in Europa (senza bisogno di una previa analisi comparatistica approfondita) grazie alla diffusione delle idee liberali, all'ideale della codificazione, e al prestigio di tutto ciò che era francese. Meno di un secolo più tardi i modelli scientifici elaborati dalla scuola sistematica di espressione tedesca poterono diffondersi al Nord, nell'Est, verso Sud, e così influire sull'insegnamento universitario, sui progetti di codificazione e sulla pratica dei tribunali di gran parte d'Europa.

La diffusione di un modello presuppone una certa conoscenza empirica dello stesso da parte di colui che lo imita. Ma la conoscenza del modello non è ancora comparazione scientificamente qualificata. È avvenuto spesso che il potere scegliesse un modello, riservandosi di apprendere in seguito il modo appropriato di metterlo in opera.

In sintesi: lo sviluppo della scienza comparatistica non è condizione sufficiente, né condizione necessaria, per l'unificazione del diritto. A suo tempo vedremo però quale aiuto possa dare la comparazione ai processi di uniformazione e di unificazione del diritto.

Quel generico desiderio di uniformazione e di unificazione ha stimolato la redazione di progetti di codice privati, accompagnati da attentissime analisi delle differenze fra i modelli messi in questione. Fra i progetti appaiono notevoli quelli dovuti a Lando e a von Bar.

## **5. Scienza del diritto comparato e metodo comparatistico. Una antitesi?**

La fine della seconda guerra mondiale ha trovato i comparatisti oramai preparati. Si erano abituati a porre di fronte i sistemi di common law e quelli di civil law; sapevano di dover affrontare i problemi di sistematizzazione che poneva la presenza dei sistemi socialisti; nel periodo coloniale, si erano familiarizzati con gli etnosistemi

dell’Africa e dell’Asia; la incipiente decolonizzazione ricordava loro che in molti paesi si ricorre al diritto islamico.

L’ampiezza delle esperienze acquisite sconsigliava le equazioni troppo semplici, e perciò ingenue, fra comparazione e scoperta dell’unità, fra comparazione e edificazione dell’unità.

Questo ridimensionamento delle definizioni ha indotto a mettere in dubbio che la comparazione sia essa stessa una scienza. Si preferiva ridurla ad un metodo speciale, da utilizzare nella ricerca giuridica. Negli anni cinquanta, i consensi sono stati autorevolissimi: H.G. Gutteridge<sup>11</sup>, R. David<sup>12</sup> e altri.

Oggi, la disputa a favore e contro la definizione della comparazione come metodo è un ricordo. E il senso stesso della definizione sarebbe stato più chiaro se fosse stato meglio spiegato il significato delle parole che vi figurano.

In ogni caso, ogni disciplina è in parte scienza in parte metodo. In senso più stretto si può intendere come metodo un insieme di procedure prescelte per giungere a certi risultati (e si dovrebbe allora intendere per scienza in senso stretto un particolare campo di indagine, oppure un certo dominio di dati). Ciò premesso, si può vedere come non esista un solo modo di comparare: è viceversa possibile utilizzare metodi diversi (strutturalismo, funzionalismo, ecc.); e si può anche individuare un ambito particolare di fenomeni di cui si occupa la comparazione e non si occupano le altre discipline giuridiche – la circolazione dei modelli; le loro dissociazioni e relazioni interne; le omologazioni e le corrispondenze comparatistiche –. Chi dica che la comparazione è metodo ha una visione riduttiva del metodo della comparazione (perché non coglie che si possono usare più metodi nel comparare, e che non esiste il metodo puro del comparare), ovvero ha una visione riduttiva dei suoi scopi e del suo oggetto (perché non coglie, o non conosce, il suo specifico, e già sviluppato, campo di indagine).

È ovvio poi che ognuno può trarre vantaggio dai risultati e dai metodi della comparazione; come ognuno, ad es., può trarre vantaggio dai risultati e dai metodi della logica, e può, se vuole, cercare di cimentarsi con essa. Per rimanere sul terreno di questo esempio, nessuno direbbe mai che la logica non è scienza ma metodo; mentre nessuno dubita che la logica sia anche un sapere, dal cui metodo tutti hanno da apprendere.

## 6. *Lo scopo della comparazione giuridica in quanto scienza: misurare le differenze esistenti tra modelli giuridici, così contribuendo alla conoscenza dei modelli messi a confronto.*

Nella misura in cui la comparazione è una scienza, il suo scopo è (e non può non essere) la conoscenza di un certo numero di dati. Poiché il diritto comparato è un ramo della scienza giuridica, i dati che essa ricerca sono dati che concernono il diritto. Negli ultimi quaranta anni si sono susseguite, sempre più numerose, le adesioni a questa definizione.

<sup>11</sup> H.C. GUTTERIDGE, *Comparative law*, cit.

<sup>12</sup> R. DAVID, *Traité élémentaire*, cit.

La comparazione presuppone, evidentemente, una pluralità di modelli giuridici; e ricerca, e stabilisce, in quale misura i modelli sono uniformi, e in quale misura sono differenti: poiché l'uniformità di due modelli può essere rappresentata con l'idea di una differenza pari a zero, la comparazione consiste nel misurare le differenze che esistono tra una molteplicità di modelli giuridici.

Si può ripetere la stessa definizione per una serie di scienze. Per approfittare di un'analogia, ci si può soffermare su un esempio chiaro e illuminante.

La linguistica è una scienza ben sviluppata, ha ottenuto risultati importanti, i suoi metodi ed i suoi studi sono punti di riferimento anche per i cultori di altre discipline – basti fare il nome di F. De Saussure e del metodo strutturalista, adottato, per imitazione, da altre discipline –, anche se la via sperimentale le è stata sin dall'inizio preclusa.

La linguistica moderna nasce come linguistica comparante<sup>13</sup>.

È stato lo studio sistematico delle analogie e delle differenze tra le diverse lingue umane storicamente esistite che ha permesso alla linguistica storica di svilupparsi su basi rigorose, formulando leggi fondamentali, da quella sulle Lautverschiebungen formulata da J. Grimm sino alla serie di regolarità poste in luce da Meillet e da E. Benveniste.

Questo risultato è stato ottenuto da linguisti che si interessavano esclusivamente ai modelli formali di linguaggio.

La comparazione, in linguistica come in etnologia e in tanti altri campi, si è semplicemente rivelata lo strumento più potente di cui si disponga per porre in luce regolarità strutturali che altrimenti passerebbero inosservate.

Non è lecito chiedere a queste scienze, invece, di spiegare le regolarità osservate e darne la ragione. La comparazione non serve a questo scopo. La linguistica non ha spiegato perché il bue sia chiamato boeuf in Francia e ox in Inghilterra.

La linguistica è indipendente da qualsiasi tutela proveniente da una scienza di tipo politologico, etico, o comunque estranea allo studio formale dei dati linguistici; essa si è tenuta schiva da qualsiasi preoccupazione pratica concernente le sue possibili applicazioni; anzi, fino agli studi di N. Chomsky sulle trasformazioni (che avrebbero potuto portare a vistose applicazioni nel campo delle traduzioni, o, addirittura, della creazione di modelli linguistici uniformi), nessuno avrebbe saputo indicarne gli obbiettivi pratici<sup>14</sup>.

Il discorso fatto per la linguistica vale anche per l'antropologia culturale.

Il diritto comparato non deve manifestare alcun complesso di inferiorità rispetto a quelle scienze che hanno sempre praticato la comparazione, che hanno elaborato una tecnica della comparazione, e che hanno tratto dalla comparazione quanto era possibile trarre. Il diritto comparato deve peraltro sapere che esistono scienze

<sup>13</sup> Basti vedere la voce «Linguistica», dovuta a G. TAGLIAVINI, in *Enc. It.*, XXI volume, 1934, ove si ricorda come i fondamenti del metodo della linguistica moderna sono stati trovati nello studio comparativo delle lingue indoeuropee a partire da F. DE SAUSSURE, *Mémoire sur le système primitif des voyelles dans les langues indo-européennes*, Lipsia, 1879.

Con ciò che diciamo non intendiamo disconoscere l'importanza degli studi linguistici più recenti, rivolti alla semantica o ad altri aspetti funzionali, cognitivi o evoluzionistici.

<sup>14</sup> N. CHOMSKY, *Syntactic Structures*, L'Aia, 1957; Id., *Topics in the theory of generative grammar*, L'Aia, 1966.

sociali o naturali che procedono mediante la comparazione; deve aggregarsi a queste scienze, e deve, se ciò gli è possibile, approfittare delle esperienze di queste scienze comparative<sup>15</sup>.

La comparazione segue la conoscenza dei modelli. Non si possono comparare se non quei modelli che si conoscono. Ma le scienze (sociali o naturali) comparative sanno – e insegnano alla scienza giuridica che è la loro sorella – che la conoscenza dei modelli progredisce per effetto della comparazione. Solo la comparazione ci svela certi dettagli dei modelli considerati. Ogni comparatista sa per esperienza che, quando parla del diritto del proprio paese, trova qualche difficoltà a farsi comprendere dai suoi connazionali i cui interessi siano limitati al sistema di origine, e che perciò non sono passati attraverso le sue più complesse esperienze.

In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa come scienza.

La conclusione ora esposta è stata formulata già da tempo, ed è diventata più consapevole con l'inizio degli anni sessanta dell'altro secolo. L'hanno autorevolmente sponsorizzata, M. Rotondi<sup>16</sup>, G. Gorla<sup>17</sup>, M. Ancel<sup>18</sup>, K. Zweigert e H. Kötz<sup>19</sup>, S. Strömholt<sup>20</sup> e T. Ascarelli<sup>21</sup>.

Nel 1974 essa era già così diffusa, che I. Szabó, relatore generale al IX congresso dell'Accademia internazionale di diritto comparato (Teheran) sul tema «Finalità e metodi della comparazione giuridica» poteva constatare che tutti i relatori nazionali sul tema «ritengono che lo scopo – esclusivo, per molti di loro – del diritto comparato è una migliore conoscenza del diritto». Gli autori di cui I. Szabó parlava erano L. Constantinescu, T. Jonascu, J. Merryman, K. Neumayer, Z. Péteri, S. Popescu, R. Sacco, W. Szyszkooszki, I. Zajtay.

Peraltro, la tesi non è pacifica in nessun luogo, e nemmeno in Italia.

Nel 1979 si tennero a Torino le 5e giornate dell'Associazione italiana di diritto comparato, che presero il nome di *Giornate Gorla*. Il tema riguardava appunto l'oggetto, gli scopi e i metodi della comparazione. Le tesi opposte – cioè quella che fa consistere la comparazione nella ricerca di una conoscenza, e quella che la fa consistere nella ricerca di modelli migliori, da fruire nelle riforme del diritto – furono affidate rispettivamente a R. Sacco e V. Denti.

<sup>15</sup> Constatiamo un'identità di vedute in A. WATSON, *Legal Transplants*, Edimburgo, 1974, 9, e in *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge L. J.* 38°, 1978, 313.

<sup>16</sup> M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto di conoscenza*, in *Studii sulle scienze giuridiche e sociali della Facoltà di giurisprudenza di Pavia*, 1927, 1.

<sup>17</sup> Il pensiero di G. GORLA ha subito oscillazioni. La conclusione di cui parliamo nel testo è nitida fino al 1979.

La si vede in *Interessi e problemi della comparazione fra il diritto nostro e la common law*, in *Studi Ascarelli*, Milano, 1968, II, 939.

<sup>18</sup> M. ANCEL, *Utilità e metodi*, cit., tr. it., 28 «Il diritto comparato consiste principalmente nella verifica dei punti in comune e delle divergenze che esistono tra due o più diritti nazionali».

<sup>19</sup> Op. cit., 16 e 17: «La funzione primaria della comparazione giuridica – come quelle di tutti i metodi scientifici – è la conoscenza (...). Competono poi alla comparazione quattro specifiche funzioni pratiche (...): la comparazione come materiale per il legislatore, come strumento per l'interpretazione, la sua posizione nell'insegnamento universitario, il suo significato per l'unificazione sopranaionale del diritto».

<sup>20</sup> S. STRÖMHOLM, *Användning av utländskt material i juridiska monografier*, in *Svensk Juristtidning* 1971, 251-253; Id., *Har den Komparativa rätten en metod*, in *Svensk Juristtidning*, 456-465.

<sup>21</sup> T. ASCARELLI, *Etude comparative et interprétation du droit*, in *Problemi giuridici*, 2 voll., Milano, 1959.

Le conclusioni furono affidate a G. Gorla<sup>22</sup>.

Le tesi che vengono esposte nella presente opera sono state sottoposte, in quell'occasione, ad un vaglio critico: queste tesi servirebbero, secondo i suoi critici, alla promozione di conclusioni giuridiche date, ma occulterebbero una loro vocazione al politico sotto un'apparente e impossibile neutralità<sup>23</sup>.

Fino allora, Gorla aveva testimoniato a più riprese a favore di una comparazione da intendersi come conoscenza<sup>24</sup>. Egli chiedeva alla comparazione di demitizzare strumenti di conoscenza abusivi: di sostituirli con il dato storico, e ottenere così una conoscenza fondata sul reale. La comparazione, infatti, contesta e distrugge le generalizzazioni affrettate; dissolve le questioni meramente nominalistiche; essa non si esaurisce nel rilievo delle differenze e delle somiglianze, ma è protesa alla ricerca delle ragioni di queste<sup>25</sup>; la comparazione cerca la law in action, non la law in the books; la prima è diritto effettivamente vigente, realtà, soluzione sostanziale, la seconda è diritto apparente, sovrastruttura, non diritto<sup>26</sup>. La comparazione è storia, e questa storia, che distrugge i vari concetti aprioristici, conduce alla conoscenza. Il diritto comparato è conoscenza pura<sup>27</sup>. Pertanto non è necessariamente ricerca di modelli da utilizzare nelle riforme, o da adoperare per la creazione di un diritto uniforme; né è ricerca di modelli comuni nascosti sotto manti diversi<sup>28</sup>. Nel corso delle giornate che portano il suo nome, G. Gorla incominciò a rivedere le sue posizioni. Il suo sogno, di vedere instaurato su scala planetaria un Juristenrecht creato utilizzando il meglio dei materiali angloamericani insieme con il meglio dei materiali continentali lo ha indotto a vedere in questa creazione lo scopo diretto della comparazione. Vediamo allora se i fatti confermino le sue idee. La sua ammirabile attività di ricerca ha avuto ad oggetto l'influsso reciproco delle Rote in Italia (cioè: la creazione giudiziale del diritto negli Stati italiani nei secoli XVI-XVIII), e l'influsso della dottrina francese sulle corti inglesi e americane in questi stessi secoli. Ciò ch'egli ha trovato è una mirabile raccolta di dati sistemologici inattesi e fondamentali. Non ne è invece uscita una proposta de iure condendo.

<sup>22</sup> Gli atti sono pubblicati in R. SACCO (cur.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980. Una vigorosa analisi critica delle tre relazioni è stata formulata da A. GAMBARO, *Alcune novità in materia di comparazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 297.

<sup>23</sup> V. DENTI, in *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (cur.), *L'apporto*, cit., 211, esprime il proprio scetticismo in merito: dopo aver opinato che «l'analisi strutturale, quando si sposta dall'interno di un ordinamento alla comparazione, perde necessariamente la sua presa neutralità», documenta la sua conclusione con il rilievo che segue: «Non a caso la più nota delle indagini di Sacco ha avuto per oggetto il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti: un punto di partenza di chiaro stampo pandettistico, dal quale è impossibile espungere l'ideologia, perché tanto varrebbe espungere la cultura». Ma ora sarebbe interessante scoprire quale substrato avrebbero assegnato al diritto dei paesi socialisti quattro immaginari comparatisti che adottassero scelte politiche contrastanti: l'uno, paternalista e orientato verso la presenza dell'istituzione religiosa nella società politica, l'altro illuminista laicissimo, l'altro reazionario-autoritario filotirannico, l'altro leninista.

<sup>24</sup> Lo aveva fatto nella voce *Diritto comparato*, redatta nel 1963 per l'*Encyclopedia del diritto*. Lo aveva fatto in vari articoli che ora si trovano raccolti in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

<sup>25</sup> Tratto dalla Prefazione a *Il contratto*, Milano, 1954.

<sup>26</sup> Tratti rispettivamente da «Diritto comparato», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, V, 73; *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, in *FI*, 1964, V, 73; *La motivation des jugements*, in *FI*, 1979, V, 1; ora tutti in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 100, 303-306, 361.

<sup>27</sup> Si veda retro, la nota 16.

<sup>28</sup> Si veda la nota 16.

A nostro giudizio, Gorla si è riavvicinato in modo significativo alla sua prima posizione nel 1989, con la voce «Diritto comparato e straniero», apparsa in *Enc. giur.*, XI, Roma (composta verosimilmente entro il 1982)<sup>29</sup>.

Come lo era fino al 1979, la questione è rimasta aperta negli anni seguenti. Talora sono intervenuti anche giuristi non comparatisti. Adesioni sono maturate nei due sensi<sup>30</sup>.

Una posizione che, dominata da un mirabile impegno civile, era orientata verso la ricerca del modello migliore fu quella di M. Cappelletti: lo dimostravano, a tacer d'altro, i temi che presceglieva per sé o per ricerche collettive, e, talora, l'utilizzazione diretta del dato comparatistico per la proposta di *jus condendum*. Ma non conosciamo una sua presa di posizione teorica sulla correlazione concettuale fra comparazione e ricerca del modello.

Fin qui, abbiamo sempre messo in vista, come scopo della comparazione, la migliore conoscenza dei modelli giuridici.

A questo punto, l'uso stesso della parola «diritto», «modello giuridico», domanda che si porti l'attenzione sull'estensione della categoria «diritto», sul suo contenuto, sul significato della parola.

Qualcuno potrebbe suggerire al comparatista di limitare la sua attenzione alle norme giuridiche adottate da autorità competenti a questo fine. Una concezione così fatta del diritto (cosiddetto formalismo giuridico) è formalmente legittima, ma è poco interessante per il comparatista.

Colui il quale, dopo aver considerato una legge, sia poi interessato anche alla interpretazione che ne viene data, deve risalire alle premesse (ossia ai mezzi ermeneutici) che condizionano questa interpretazione. E questa seconda fase di indagine, se svolta con lo scopo di mettere a confronto più sistemi, è ovviamente attività comparatistica.

Tutto ciò che incide sulla decisione del singolo caso, e tutto ciò che avrebbe potuto incidere sulla decisione, o che potrà incidere in futuro, è una fonte (secondaria, accessoria quanto si vuole) del diritto, e perciò può interessare il comparatista. Anzi il comparatista, perché sistemologo, è sommamente interessato a tutte le fonti indirette che condizionano l'intiero funzionamento del diritto nell'ambito di un sistema dato, e che pure non possono dirsi norme autoritative adottate da un organo

<sup>29</sup> Ivi, n. 2.3, Gorla – rispondendo espressamente alle conclusioni di Sacco – riconosce loro «una parte di verità: e cioè che il momento fondamentale della comparazione è quello di cui sub a» (col. 4); e cioè «la ricerca e l'accertamento delle differenze e/o delle somiglianze fra gli ordinamenti giuridici messi a confronto, o fra loro norme o istituti giuridici» (col. 2). Gli altri due momenti della comparazione sono: la spiegazione delle ragioni delle differenze e/o delle somiglianze; e la valutazione dei diritti messi a raffronto.

<sup>30</sup> Un circolo di comparatisti – il circolo di Trento – ha iniziato il suo manifesto, redatto nel 1987, con la seguente Tesi: *La comparazione giuridica, intesa come scienza, mira in modo necessario alla migliore conoscenza di dati giuridici. Compiti ulteriori – ad es. la promozione del modello legale o interpretativo migliore – meritano la più grande considerazione, ma rappresentano un fine solo eventuale della ricerca comparatistica.* Il manifesto è firmato F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarneri, P.G. Monateri, R. Sacco. Hanno aderito G.M. Ajani e U. Mattei.

L'indirizzo sostenuto da V. Denti ha l'adesione di M. Taruffo, e di L.P. Comoglio.

I costituzionalisti comparatisti sono meno coinvolti da questa contrapposizione. Il momento di parlarne verrà quando esamineremo il carattere storico e fattuale della conoscenza del comparatista.

competente: ad es., l'insegnamento che nella scuola viene dato ai discenti, fra i quali verranno reclutati i giudici.

Definita così la comparazione, non può confondersi con essa, alla stregua della definizione, la semplice conoscenza di un sistema straniero, o di più sistemi stranieri<sup>31</sup>. E la trattazione multigiuridica operata per esposizioni parallele dei diversi dati nazionali è la forma più rozza e meno scientifica della comparazione – anche se, forse, rende possibile un esercizio comparatistico ad opera di chi legge<sup>32</sup>.

Rovesciando il discorso, si potrà osservare che a molti (specie ai pratici) preme, talora, la conoscenza del diritto straniero, e non la comparazione. Ma lo studio del diritto straniero presenta grossi rischi di malintesi, se non si appoggia ad una robusta preparazione comparatistica.

Può apparire curiosa la domanda, autorevolmente proposta, se la scienza comparatistica si estenda all'indagine eziologica volta ad accertare i fatti che cagionano i mutamenti del diritto<sup>33</sup>. Il motivo occasionale, per cui l'analisi di un tema simile ha potuto svilupparsi, è il seguente: la definizione della comparazione come «attività volta alla conoscenza di dati giuridici» ha potuto lasciare il dubbio che questa definizione volesse ricercare il lato giuridico «puro», cioè distaccato da ogni fenomeno sociologico che lo accompagna; specialmente, dalle cause che lo precedono.

La risposta al quesito non è difficile.

La comparazione ha una visione del diritto fattuale e diacronica (oltre che sincronica); e perciò si imbatte nei dati di fatto che determinano o paralizzano la spinta verso l'innovazione giuridica. Lo studio di queste cause, per tutta l'estensione entro la quale interessa il giurista, interessa anche il comparatista. Ciò è tanto più vero, in quanto spesso la causa di una innovazione o di una paralisi giuridica sta in un fenomeno giuridico: ad es., poiché il giudice non motiva, non può nascere un diritto precedenziale; poiché il giudice viene reclutato fra coloro che hanno frequentato l'università, la teoria dottorale influenza la prassi; ecc. Quando si verifica questa correlazione eziologica fra due fenomeni giuridici, la causa, l'effetto e il collegamento causale cadono tutti pienamente nell'oggetto della scienza giuridica (eventualmente, comparatistica).

Il modo, il procedimento con cui si crea la proposizione giuridica, con cui essa viene trasmessa e diffusa, il reclutamento delle persone che potranno influire nella creazione della proposizione, la presenza di organi e fatti di qualsiasi genere, i quali

<sup>31</sup> La differenza tra un poliglotta e un linguista ci può aiutare a capire la differenza che passa tra un comparatista ed un semplice conoscitore di diversi sistemi giuridici. Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità e somiglianze.

Sulle correlazioni fra comparazione e conoscenza del dato straniero si è intrattenuto a più riprese G. GORLA (da ultimo in *Diritto comparato e straniero*, cit., 2.2).

Conforme al testo cfr. A. WATSON, *Legal Transplants*, Edimburgo, 1974, 4 e G. LOMBARDI, *Premesse*, cit., 12.

<sup>32</sup> Censura con energia coloro che promettono di comparare e procedono poi per esposizioni parallele J. VANDERLINDEN, Recensione a D. KOKKINI-LATRIDOU, *Een inleiding*, cit., in *RIDC* 1989, 1057. Ivi viene colpita da questo rimprovero anche l'*International Encyclopedia of Comparative Law*. Come modello storico del genere letterario contestato viene portata l'opera di ARMINJON, NOLDÉ e WOLFF, cit.

Conforme al testo WATSON, *op. loc. cit.* e *Legal Change*, in *Un. of Pennsylvania L.R.* 131, 1983, 1121.

<sup>33</sup> Si veda in tema G. GORLA, voce *ult. cit.*, 2.3.

possano influire nella creazione della proposizione, tutto ciò è di somma importanza per il comparatista, come dovrebbe essere importante per il giurista territoriale. Giova ricordare che furono proprio i comparatisti, nella loro veste di cultori della sistemologia, a scoprire e teorizzare per primi la rilevanza di questi dati.

A monte di questi meccanismi, che operano al livello delle fonti primarie o seconde del diritto, si trovano cause extragiuridiche che li producono. Ad es., l'esito della battaglia di Bouvines. Si può consigliare al comparatista di non assumersi da solo la responsabilità di decidere in qual misura le cause del dato giuridico rientrano nell'oggetto della comparazione giuridica. Esse vi rientrano nella misura in cui, in genere, rientrano nell'oggetto della scienza giuridica.

## **7. *Diritto comparato e miglioramento del diritto nazionale (mediante imitazione di modelli stranieri).***

La imitazione di modelli stranieri, come l'uniformazione, può avvenire come fenomeno globale, effetto di un generico movimento politico (basterà richiamare l'esempio della recezione dei modelli francesi dopo il 1806), o come assorbimento selettivo di singole soluzioni. Questo secondo fenomeno è certamente favorito dalla conoscenza dei dati giuridici di altri paesi. L'inserimento di soluzioni singole nel sistema giuridico dell'operatore presuppone una manipolazione del dato da inserire e dell'insieme di dati in cui esso verrà inserito, e quindi ha solo da avvantaggiarsi da una conoscenza sofisticata dell'uno o degli altri.

Non è dubbio che in moltissimi casi la comparazione accelera lo sviluppo del diritto, poiché favorisce la circolazione di modelli giuridici. Questa correlazione fattuale fra comparazione e imitazione cadrà sotto i nostri occhi soprattutto quando parleremo della circolazione dei modelli. Per ora dobbiamo solo domandarci se l'imitazione del modello straniero debba o possa figurare come scopo della scienza comparatistica<sup>34</sup>.

La risposta, alla stregua di quanto detto fin qui, è prevedibile.

La comparazione, come qualsiasi scienza, è tale perché acquisisce dati teorici, indipendentemente da ulteriori sfruttamenti di questi dati. Ovviamente, essa rimane scienza anche quando l'operatore ricorre ad essa in vista di una possibile circolazione di modelli: ed è una scienza dotata di potenzialità pratiche affascinanti. Quando il legislatore fa circolare un modello dopo averlo consapevolmente passato al vaglio dei dati sofisticati offerti dalla scienza, o quando lo scienziato progetta, al lume della sua conoscenza critica, la circolazione futura, o quando il giudice sapiente, o almeno informato, sostituisce la soluzione illuminata, praticata dal giudice del paese vicino, a quella – piatta e incurante – finora vittoriosa nel suo paese, tutte queste operazioni hanno l'elevato grado di legittimazione che compete all'attività pratica rischiarata dal lume della scienza.

<sup>34</sup> La risposta positiva è prevalente. Per tutti G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, cit.; LEGEAIS, *Grands systèmes*, cit.; MARKESINIS, tutte le opere.

---

**Estratto**

Estratto da un prodotto  
in vendita su **ShopWKI**,  
il negozio online di  
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria  
professionale, del software, della formazione  
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,  
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

