



Filosofia del diritto

Nuove, condensate riflessioni sull'apporto della comparazione alla scienza giuridica.

di [Mario Serio](#)

18 novembre 2019

Nuove, condensate riflessioni sull'apporto della comparazione alla scienza giuridica

di Mario Serio

Sommario: 1. Il precedente scientifico – 2. Le prime intuizioni della scientificità del diritto comparato nelle sue originarie denominazioni: l'opera di Emerico Amari (1810-1870) – 3. Uno sguardo storico alla sistemazione del diritto comparato nella dottrina di common law dei primi decenni del XX secolo – 4. Le giornate Gorla del 1979 e le loro conseguenze sugli assetti dei rapporti tra diritto comparato e diritti interni – 5. Il rapporto tra comparazione giuridica e fattore formante giurisprudenziale; 6. Le scuole civil-comparatistiche italiane e la loro influenza culturale.

Questo studio si propone di porre a disposizione dei lettori un ritratto composito e non necessariamente omogeneo nei suoi oggetti dell'accesso della comparazione giuridica nel mondo globale (per materia e per territorio) della scienza e della conoscenza giuridica per calcolarne qualità e quantità di apporti e contributi espressi nel tempo e nello spazi.

1. Il precedente scientifico

La ricerca esordisce con un balzo all'indietro alle origini storiche della giuscomparazione e progredisce verso l'enucleazione dei sedimenti consegnati all'avvenire, in coerenza con un modello storicistico di indagine proprio della comparazione stessa. Nel lavoro si rievoca una manifestazione culturale, di cui si celebra adesso il quarantennale dallo svolgimento, che in misura non trascurabile ha segnato corso ed impronta della disciplina comparatistica, suggellandone la scientificità e assiedendola, con pari dignità, assieme alle altre, storicamente più blasonate, discipline giuridiche nazionali. Non è, infatti, oggi più revocabile in dubbio che da allora il diritto comparato abbia trovato in Italia collocazione formale-accademica di tutto decoro e si sia attribuita uno statuto metodologico ed epistemologico saldo e congruo. Tra i vantaggiosi apporti che la giuscomparazione ha saputo dare si annovera qui il nuovo impulso alla ricerca giuridica in senso casistico-problematico, a propria volta generatrice di un sempre più fecondo dialogo tra dottrina e giurisprudenza, che da tempo alberga con esiti edificanti nel common law inglese. Questo dialogo viene classificato come testimonianza delle intercomunicazioni, ormai patrimonio comune dei giuscomparatisti, tra i vari fattori formanti di ogni sistema giuridico, che ne facilita la comprensione, agevolando al tempo stesso il disvelamento delle dissociazioni interne ai vari ordinamenti tra regola astratta e sua applicazione concreta.

Sullo sfondo dell'acquisita sanzione di scientificità della disciplina si delinea, infine, il quadro dell'odierno stato della giuscomparazione italiana, dei suoi nuovi orientamenti, dei suoi processi di sviluppo, del suo forte spirito identitario. Il quinto colloquio dell'Associazione italiana di diritto comparato (ad essa si affianca dal 2011 la SIRD, Società italiana per la ricerca in diritto comparato), tenutosi, sotto la presidenza di Rodolfo Sacco, a Torino tra il 25 ed il 27 maggio 1979 fu dedicato al tema che dà il titolo al presente saggio, assumendo per acclamazione assembleare la denominazione di "Giornate Gino Gorla": i riflessi culturali di quel fondamentale convegno - ma non l'esatto resoconto, come ricorda lo stesso Sacco nella Presentazione - furono raccolti in un volume dell'anno successivo, edito dalla Giuffrè con il medesimo titolo, che racchiude prestigiosi contributi, tra i quali quelli dei due Studiosi citati.

Erano quelli anni in cui il diritto comparato iniziava il volo verso le vette accademiche, sebbene il suo decollo fosse stato agli esordi accidentato (al momento del Colloquio torinese erano appena 5 le cattedre italiane di Diritto Privato Comparato, circa un settimo di quelle odierne) in ragione di correnti pregiudizi e diffidenze, largamente addebitabili al disconoscimento dei risultati benefici, in termini metodologici, epistemologici, teleologici, pratici, conseguiti sul piano generale dell'elaborazione giuridica compiuta per mezzo della comparazione.

Quelle giornate di studio ,ravvivate da un entusiastico,orgoglioso spirito di corpo manifestato dai partecipanti, si rivelarono un successo perchè,grazie alle illuminanti lezioni dei Maestri della materia,si potè stilare un bilancio degli apporti già forniti dalla comparazione alla scienza giuridica e,al tempo stesso,tracciare la via per la rinnovazione in futuro degli stessi.

Qualunque indagine sul tema qui trattato non può ,per debito di riconoscenza e perdurante attualità, che prendere le mosse dai notevoli spunti di un quarantennio addietro:essi vanno fatti utilmente precedere da una essenziale ricostruzione del quadro storico della comparazione giuridica nei periodi anteriori,sia in Italia sia altrove nel mondo.

2. Le prime intuizioni della scientificità del diritto comparato nelle sue originarie denominazioni:l'opera di Emerico Amari (1810-1870)

Gli ariosi fermenti circolanti nell'Europa ottocentesca,che avrebbero condotto all'unità d'Italia ed alla riedizione della struttura politica dell'Europa,trassero sostanzioso alimento dal pensiero di dottrinari che avvertirono l'esigenza di aprire le loro menti ad esperienze politiche,istituzionali,giuridiche maturate all'esterno dei confini nazionali.In questo valicamento degli orizzonti di conoscenza si posero le fondamenta di scopi e di metodo di quella che allora fu individuata come “Scienza delle legislazioni comparate”.Ed invero,mettendo a frutto i Principi di Giovan Battista Vico (1668-1744) della prima metà del XVIII secolo,accreditanti una “ comune natura delle nazioni” e le conseguenti lezioni di Vincenzo Cuoco (1770-1823) nel suo corso di legislazione comparata ,rivolte ad una “mente comune delle nazioni”, il palermitano Emerico Amari pubblicò-come ricordato nel mio “Gli albori della comparazione giuridica nella Critica di una scienza delle legislazioni comparate,1857 di Emerico Amari” in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,2012,pag.411 ss.- nel 1857 i 2 volumi della “Critica di una scienza delle legislazioni comparate” (raccolti in una edizione del 1969 curata dalla Regione Siciliana,con una ricchissima introduzione di Vittorio Frosini,1922-2001).In questa amplissima trattazione l'Autore,che ricoprì cariche accademiche e politiche (fu Deputato),sentì l'urgenza di identificare paragoni e “simiglianze” ricavati da “costumanze diverse di tempi e di popoli”,allo scopo di trarre un'idea comune che “spieghi e governi” le leggi nazionali.A questo compito egli ritenne dovesse essere adibita una nuova scienza,quella della “legislazione comparata”,cui attribuì la potenziale capacità di costituire un proficuo mezzo di comunicazione ed armonizzazione tra i

popoli nei più svariati campi delle loro relazioni, così realizzando il “primo fine pratico” della nuova scienza, rivolta allo studio delle leggi altrui, con l'ulteriore vantaggio di impararne la lingua “primo elemento di comunicazione tra i popoli”. Correlativo a tale ultimo scopo è, secondo Amari, il processo di “imitazione e propaganda” delle leggi straniere, che costituisce un fine e, per quel che in questa sede rileva, specialmente una forma di utile apporto alla scienza giuridica in generale - della comparazione giuridica nella misura nella quale la loro conoscenza può indurre alla riforma delle leggi nazionali o, addirittura, il loro recepimento sotto forma di adozione integrale. L'insigne giurista palermitano sottolineò l'ulteriore “ufficio pratico” della comparazione, consistente nella creazione di un corpo scientifico autonomo e nuovo, cui ben può farsi ricorso all'interno dei diritti nazionali “ per illustrarne l'applicazione pratica nei contratti e nei giudizi della nazione che l'ha ricevuta”. E', a questa stregua, agevole rinvenire nella scienza comparatistica, e nel connesso metodo di studio da essa postulato, un mezzo di “dimostrazione della qualità delle leggi” nazionali. Metodo generale che, nell'impostazione dell'Autore, venne a perfezionarsi attraverso l'indicazione del submetodo empirico-deduttivo, decisivo per un suo utile dispiegamento, condensato nella seguente proposizione: “ Ma per compiere la dimostrazione della potente efficacia della legislazione comparata sulla dottrina del diritto universale ,credo importante l'osservare un fatto singolare, il quale per modo contrario la conferma, e però potrebbe chiamarsene la controprova, argomento decisivo nelle logiche deduzioni.... Omonomie, per provarlo, antinomie per confutarlo...”.

L'immediata notazione stimolata da questo significativo passaggio argomentativo è che, in chiave prospettica, questa costruzione metodologica, orientata a dedurre dall'osservazione del particolare la regola o il principio generale (se non universale), largamente precorre l'odierna falda dicotomica del diritto comparato, scisso nella sua versione microcomparatistica ed in quella macrocomparatistica. La costruzione di Amari reca con sé la coerente affermazione che “la legislazione comparata costituisce la scienza dei luoghi e dei tempi, l'elemento dell'opportunità nella scienza della legislazione”; più in particolare la disciplina nuova viene dallo stesso definita come “lo sperimento nelle scienze giuridiche e legislative”, quello stesso “sperimento” che, nell'area delle scienze dure, moltiplicato all'infinito consente ai fisici di “formulare le leggi”. Donde, il carattere necessariamente scientifico, in virtù del criterio tipico della verifica v. falsificazione del dato, della scienza delle legislazioni comparate. Ma anche dal punto di vista squisitamente speculativo-teorico (in seguito di tempo si sarebbe detto dogmatico: sulla questione si vedranno le considerazioni di Sacco sul moderno superamento delle tentazioni pandettistiche da parte della concezione vigente degli studi comparatistici), la novella scienza incoraggia un rimarchevole progresso che “ consiste nel ridurre la molteplicità all'unità”: potrebbe dirsi con linguaggio che risente dei tempi che alla comparazione va ascritta una positiva tendenza

uniformatrice o armonizzatrice dei modelli sistemici presenti in un certo momento storico in vasti territori .Ed il ruolo pionieristico dei volumi del 1857 si coglie proprio in questa felice dimensione prolettica.Quest'ultima trova consolidato vigore nella constatazione parallela secondo cui la scienza delle legislazioni comparate,da un canto,facilita il processo elaborativo di categorie generali del pensiero giuridico e,dall'altro,produce l'effetto,indotto dall'osservazione sperimentale e transnazionale dei fenomeni,di identificarne la concreta configurazione per quanto attiene ai relativi elementi costitutivi ed ai fattori (“rapporti fattori” secondo l'espressione dell'Autore) che li hanno prodotti,ossia quelli che oggi con fortunata e diffusa espressione vengono chiamati “formanti”.Della loro descrizione la “Critica” del 1857 si cura dettagliatamente,passandoli in rassegna e tassonomicamente classificandoli in base all'influenza su di essi esercitati dai luoghi,dagli usi ,dall'economia.

La prospettiva finalistica affidata dal grande giurista alla scienza in questione è quella - precorritrice in sostanza della teoria di Gorla- di misurare differenze e somiglianze tra sistemi ordinamentali diversi,così di fatto decretandone la vicendevoles “fortuna”e divenendo “la maestra della riforma progressiva e perpetua della legislazione”.

Assertiva è la formula finale adottata per illustrare questo itinerario di scopi della comparazione,scolpita in queste parole:”E la dottrina giuridica della civiltà universale è il supremo assunto che costituisce il sommo dei gradi,il titolo vero della scienza nostra”.Scienza che,in modo del tutto originale rispetto allo spirito del tempo,Amari indirizzò verso l'analisi delle fonti formali di produzione dei diritti nazionali (“ tutte le regole positivamente decretate e tutte le altre...le quali in qualunque modo accettate reggono i popoli”) sì da concorrere a formare la “dottrina giuridica della civiltà universale”.Riassume la profondità dell'intuizione Amariana,ed il non nascosto compiacimento per il suo esito sistematico,la consapevolezza dell'utilità della raccolta comparativa “delle leggi di tempi e popoli diversi,per servire a molti usi e pratici e scientifici,ma tutti di civile e di morale utilità”.

In conclusione ,la nuova prospettiva culturale battuta in breccia nei due volumi della Critica non solo dischiude un cospicuo patrimonio di fini e di criteri della conoscenza giuridica,ma soprattutto ingaggia il diritto comparato nella fondamentale funzione di promotore dell'universalità ,in atto o in potenza,del fenomeno giuridico,riducendo le varianti nazionali ad oggetti di esplorazione in chiave agevolatrice di soluzioni il più possibile comuni.Concetti di straordinaria modernità,questi,che,peraltro,seppero adombrare “in nuce”il fitto catalogo di apporti che il diritto comparato,sin dalla sua più risalente declinazione nominalistica e metodologica,appare,ieri come oggi,capace di far confluire nel capiente contenitore della scienza

giuridica ad ogni latitudine.

Desta ragionato stupore la modestia di richiami che la dottrina italiana ha voluto effettuare all'opera in questione, la pregevole e più recente eccezione essendo costituita dagli Studi di diritto comparato e teoria generale del 1972 di Mario Rotondi, che accredita Amari di "geniali intuizioni", a propria volta preceduti negli anni 1930 dalle introduzioni allo studio del diritto comparato di Sarfatti (1933) e di Di Carlo (1936). Non dimentica del pensiero dello studioso è stata la Scuola comparatistica Palermitana, il cui fondatore, Giovanni Crisculi (1931-2003), Maestro impareggiabile verso il quale nutro, con i nuovi allievi locali, un imperituro sentimento di devozione, ha intitolato a Lui il Circolo di studi comparatistici presso il quale le leve successive si sono formate, anche grazie alla sua espansa biblioteca di lavori stranieri, ed in particolare sul common law inglese.

3. Uno sguardo storico alla sistemazione del diritto comparato nella dottrina di common law dei primi decenni del XX secolo

Un evento destinato a rimanere scolpito nell'evoluzione planetaria del diritto comparato segnò il primo anno del secolo scorso: nel 1900, infatti, si svolse a Parigi il primo congresso mondiale di diritto comparato (i cui lavori furono pubblicati 5 anni dopo), una sorta di battesimo della "scienza nuova". Alla svolta la classe degli studiosi non si fece trovare impreparata, approntando, attraverso una serie coordinata di alti interventi, una tavola culturale della disciplina che tentava di innestarsi su una pianta ramificata in una molteplicità di aree giuridiche, sostanzialmente inclinate verso il piano nazionale. Si inaugurò, così, una nuova stagione di fervidi studi e di fasciose avventure intellettuali, inizialmente indirizzate verso l'edificazione di un manifesto storico della comparazione giuridica (esemplare fu, in questo senso, l'allocuzione dell'eccelso studioso inglese Sir Frederick Pollock (1845-1937) dedicata alla storia del diritto comparato, poi ripresa in articoli editi negli anni immediatamente successivi al congresso parigino).

Prese allora avvio una fioritura di saggi articolati secondo una scansione espositiva diretta alla ricerca dei confini metodologici, cognitivi, distintivi di questa materia: la comunità scientifica albergante nei sistemi di common law inglese e statunitense mostrò qualificata propensione verso l'obiettivo e scrisse pagine di sicuro interesse sia storico sia fondativo dei caratteri propri

della comparazione. In questa sede è solo possibile riferirsi a quei contributi così originali di idee da costituire, anche in forza del prestigio degli Autori, durevole testamento.

Nella ricerca monografica del 1928 "A panorama of the world's legal systems" il giurista americano John Henry Wigmore (1863-1943), sintomaticamente attingendo a piene mani all'apparato linguistico-nozionale di Amari, distinse tre campi di esercizio della comparazione giuridica: quello nomoscopico diretto ad accertare e descrivere i vari sistemi giuridici nazionali, considerandoli alla stregua di fatti storici oggettivi più che di fenomeni giuridici in senso stretto; quello nomotetico rivolto all'analisi delle basi di politica del diritto, e del relativo merito, degli stessi sistemi prima richiamati; quello nomogenetico perseguito l'approfondimento delle fasi evolutive vicendevoli di tali sistemi, riguardate in senso cronologico e causale (analogo tentativo di razionalizzare l'esposizione delle aree di intervento della comparazione giuridica fu compiuto dal Professor Lambert nel 1931 nella Encyclopaedia of social sciences, allorché predicò la coesistenza di una comparazione giuridica in senso descrittivo, di una in dimensione storica, di una terza concentrata sulla ricerca delle legislazioni e delle giurisprudenze nazionali). È palese che la divisione delle competenze comparatistiche in rapporto agli scopi ed agli oggetti presentasse già al tempo del concepimento aspetti di certa ricaduta sulla struttura delle riflessioni inerenti ai diritti interni, che vennero, pertanto, ad essere esplorati anche in funzione della loro raffrontabilità con ordinamenti stranieri: in effetti, le gravi scorie autarchiche del ventennio italiano rallentarono molto il fenomeno, che solo nel secondo dopoguerra conquistò, come si dirà nel paragrafo conclusivo, pieno diritto di cittadinanza accademica.

Di non minor interesse ed attualità si rivela lo studio (apprezzato e sempre citato da Gorla come autorità di caratura mondiale) di Walther Hug (1898-1980), giurista e economista svizzero molto noto in Nord America, The history of comparative law, pubblicato nella Harvard law review del 1932 che assegnò alla comparazione giuridica una duplice immagine (giuridica in senso stretto e storica) con un mandato da svolgere in due fasi per ciascuna delle facce. Per quella giuridica: la prima, di carattere ricognitivo dei dati comuni e differenziali tra gli ordinamenti posti a confronto, la seconda, di natura analitico-sistematica, calibrata verso la identificazione delle cause della formazione di differenti sistemi normativi. Analogo approccio bifasico venne concepito per il volto storico della comparazione, declinato nel senso della descrizione in senso sincronico e diacronico dell'evoluzione dei vari sistemi giuridici.

Questi brevi riferimenti ai moti culturali del secolo scorso sul versante della scienza comparatistica appaiono atti a testimoniare circa la sussistenza di un profilo peculiare ed

innovativo degli studi comparatistici, sottolineandone l'intensa attitudine riconformatrice dei parametri di conoscenza dei diritti interni, proiettati su uno scenario meno angusto e dalle prospettive universali. E che di sensibile apporto si tratti non pare fondato dubitare.

4. Le Giornate Gorla del 1979 e le loro conseguenze sugli assetti dei rapporti tra diritto comparato e diritti interni

Il convegno torinese fu teatro di un orgoglioso risveglio della cultura comparatista, affidato in modo preponderante e memorabile alle parole ed all'architettura concettuale di Gino Gorla (1906-1992) e Rodolfo Sacco (1923). Il primo aggiornò l'uditorio sui progressi intorno alla storiografia comparatistica (nel volume del 1980 il suo saggio ebbe come titolo "Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo); il secondo si rivolse al disvelamento critico dell'universo del diritto comparato, fatto di continue evoluzioni rispetto a consolidati assetti di pensiero, di analisi intorno ai nuovi approcci euristici, di compenetrazione tra oggetti e metodi della ricerca, di emersione dei fattori formanti i sistemi giuridici nazionali, di criteri di conoscenza del dato giuridico (sintomatico il titolo del suo contributo nel citato volume: "Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo"). Sembra che i due padri fondatori avessero trovato un'intesa, figlia della feconda amicizia e della deferenza serbata dal più giovane di essi verso il più anziano, circa le sfere reciproche di competenza, a propria volta determinate da quelle dell'interesse scientifico individuale.

Ed infatti, per Gorla è la storia, anche nei suoi riverberi storiografici, il motore della comparazione giuridica e, in fondo, il mezzo di concreto accertamento delle conformazioni dei sistemi giuridici (tema già brillantemente e sapientemente padroneggiato nel 1964 nella voce "Diritto comparato" dell'Enciclopedia del Diritto in cui venne coniata la nozione di diritto comparato come scienza implicante un'attività o un processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici per vedere cosa abbiano di diverso o di comune), la base stessa (non il fine) della ricerca comparatistica. E l'innato storicismo comparatistico garantisce natura genuinamente scientifica agli studi attorno ad esso sviluppatisi. Proprio le profonde radici storiche della scienza comparatistica hanno permesso di progredire lungo l'itinerario della demarcazione e delle vicendevoli influenze tra i principali ordinamenti europei, sì da pervenire alla (solo in apparenza) sorprendente scoperta dei regolari ed omogenei flussi di comunicazione, soprattutto a livello di prassi giurisprudenziali nella materia mercatoria, tra il common law inglese ed i sistemi di diritto continentale, che poté dar vita ad una sovente disconosciuta (a cagione del pregiudizio insito nella tralatizia tesi delle

barriere insuperabili tra i due emisferi giuridici appena ricordati)”civili orbis nostrae (NdA:Aeuropae) communicationis qui cum legibus vivit”,di lunga durata,da Gorla stimata nel lasso intercorso tra il XII secolo e la seconda guerra mondiale.Il traguardo cui mirò quella accurata ed appassionata ricerca,che scandì la maggior parte della biografia scientifica del grande Studioso,fu di attestare in maniera probatoriamente persuasiva la edificazione,storicamente e fattualmente percettibile,di un diritto comune europeo (inglobante anche il diritto comune classico) che per gran tempo governò la scena giuridica del vecchio continente sotto l'insegna delle concordanze tra i diritti di vari Stati,soprattutto di quelli formatisi tra il XVI ed il XVIII secolo.E se questa creatura di origine mista,ma con effetti unificanti,potè veder la luce,cioè avvenne-secondo Gorla- in virtù dei processi di comparazione interordinamentale europea,nel fondamentale presupposto scientifico che “comparatio est communicatio”,nel preciso senso che,per utilizzare il moderno lemmario,ogni ricerca comparatistica va indirizzata alla finalità della verifica dei modi attraverso i quali si manifesta la circolazione dei modelli.Essa,a propria volta,lungi dal dar luogo ad una semplice ed elementare forma di comparazione (il primo gradino),quella che va sotto l'angusto nome di studio del diritto straniero,assicura la possibilità che si apra il ventaglio delle plurime occasioni di apporto del diritto comparato alla scienza giuridica,quali la possibile uniformazione tra sistemi appartenenti ad una medesima area geografica ed il certosino sforzo teso a cogliere somiglianze e differenze tra di essi.

La tensione che animò l'impegno di Sacco nel corso di quelle non più vicine (se non idealmente) giornate fondative dello statuto del diritto comparato (non fu casuale la messa a punto delle basi della prima versione,poi doppiata nel dicembre del 2001,durante il Convegno trentino dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato del 1987 ,proprio su ispirazione di Sacco e della sua scuola,del cosiddetto “Manifesto culturale” ,che riassumeva gli elementi proprii della comparazione) fu quella di affrancare la disciplina da pericolose schegge dogmatiche,di prospettarne l'autonomia,di predicarne la (positiva,si può aggiungere) diffusività all'interno dell'intera scienza giuridica.

La concezione Sacchiana del diritto comparato si impernia,al pari di quella di Gorla,sul contrassegno scientifico della materia:in altri termini,esso non si distingue da qualsiasi altra scienza in termini funzionali,perseguendo la migliore conoscenza del dato sui cui cade il suo esame:Funzione cognitiva,pertanto,cui può sussidiariamente non disgiungersi quella dell'utilizzazione relativa in chiave pratica.L'Autore fa notare che la comparazione nel campo civilistico,in Italia ed in altri sistemi di diritto continentale,è nata come una sorta di reazione al metodo concettualistico imperante in Europa tra la fine del XIX secolo e la prima parte del secolo successivo.Una delle più evidenti conseguenze dell'accantonamento del dogmatismo giuridico è

consistita inevitabilmente nel recupero e nella debita valorizzazione del ruolo della giurisprudenza tra i fattori formanti i sistemi ordinamentali nonché la più acuta indagine sulle cosiddette regole operative (o operazionali, come lo stesso Sacco le avrebbe definite più tardi), intese come criteri concreti di giudizio, talora in contraddizione rispetto al dato normativo o a quello formale. E nella spasmodica inchiesta circa le dissonanze tra regole teoriche e regole operative, tanto se circolanti nel medesimo ordinamento quanto se fissate in sistemi diversi, risiede un carattere essenziale ed originale della comparazione. Essa, pertanto, si interessa dei cosiddetti crittotipi, creature ingannevoli, perchè frutto di una descrizione della realtà giuridica quale scolpita in un mero enunciato formale che, però, si rivela in netta frattura nei confronti della fenomenica e differente applicazione al caso concreto di una diversa regola di giudizio. La scoperta di questa dissociazione tra formanti ben può essere facilitata dallo studio di esperienze straniere le quali mostrino alternativamente analoghe manifestazioni o, all'opposto, esibiscano coerenza tra enunciato ed applicazione e traccino la via utile da seguire nel diritto interno. Questo, a propria volta, potrà beneficiare, nel momento applicativo, dei risultati di conformità verificabili in altri ordinamenti che si trovino ad affrontare e risolvere il medesimo problema. Ancor più specificamente, pensò Sacco, la comparazione giuridica porta ad appurare che in aree territoriali distinte leggi identiche forniscono soluzioni applicative diverse o che soluzioni applicative identiche dipendono da leggi diverse. Esito, questo, coagulabile nella formula espressiva che conferisce alla comparazione giuridica una vocazione storicistica ed antisistemica (mi sia permesso di insinuare che proprio il secondo di questi connotati può essere stato l'artefice dell'ostracismo per non breve periodo di tempo decretato, peculiarmente nell'area della dottrina civilistica italiana, ai danni del diritto comparato, reputato troppo eccentrico e disordinato). Che questa doppia vocazione debba necessariamente coesistere nella branca scientifica oggetto di questo scritto trova avallo nell'adozione, a partire dai volumi sul contratto di Gorla del 1955, del metodo fattuale, storico, problematico e casistico di accertamento del dato di conoscenza, soggetto all'indispensabile procedimento di verifica e falsificazione di matrice scientifica-naturale (metodo fruttuosamente esteso proprio da Gorla allo studio dei rapporti tra civil law e common law, in particolare in materia privatistica, rischiarato dall'esigenza di individuazione del problema pratico-giuridico sostanziale al di là di concetti o categorie). Al contrario, nell'affresco che Sacco regalò del mondo dei giuristi moderni, che gioco forza ospita anche i comparatisti, il giurista sistematico considera diversamente dal comparatista che si nutre del dissepellimento delle contraddizioni intrinseche ad uno o più sistemi ordinamentali onde lasciarne affiorare in modo completo la reale configurazione - come unico oggetto di conoscenza scientifica del diritto un insieme coerente di definizioni. La comparazione giuridica cospira verso il risultato della caduta del velo che copre

nei singoli ordinamenti, isolatamente valutati o a paragone tra loro, l'opposizione che esiste tra le definizioni d'insieme (legali, dottrinarie, giudiziarie) e le regole operative, assegnando il giusto peso deterministico a ciascuno dei formanti. Ancora più abrasivo è il giudizio che Sacco formulò sulle definizioni d'insieme allorché in esse scorse il disvalore risultante dal privilegio che esse accordano ad una soluzione “monista”, ignorando le soluzioni intermedie tra quelle estreme che le regole di dettaglio possono offrire ed altresì trascurando le grandi possibilità di accrescimento della conoscenza giuridica derivanti dalla focalizzazione delle indagini intorno al fatto inteso come elemento basilaramente costitutivo della “fattispecie” legale.

In conclusione, l'apporto della comparazione alla scienza giuridica venne fatto consistere - così elevandosi l'affermazione a formula di consacrazione delle giornate torinesi del 1979 - nell'osservazione dei vari modelli ordinamentali nel momento della loro circolazione, connessione, diversificazione e nella consegna anche ad altre scienze umane, quali la sociologia, dei risultati delle proprie ricerche.

5. Il rapporto tra comparazione giuridica e fattore formante giurisprudenziale

Dal momento che l'inclinazione del pensiero Gorliano verso l'approdo giurisprudenziale come effettivo ed affidabile punto di verifica della reale configurazione di un ordinamento giuridico si è tramutata in condiviso vettore e strumento di orientamento delle ricerche comparatistiche, la presente indagine non può omettere di prendere in esame la catena di rapporti che legano la comparazione giuridica alla produzione giurisprudenziale, confidando nella ricorrenza di mutui, vantaggiosi apporti (in tale impianto culturale si iscrisse il convegno palermitano del 2009 dedicato a “Scienza giuridica e prassi” organizzato dall'Aristec, rinomata associazione scientifica internazionale di studi storico-compartistici, i cui atti vennero pubblicati due anni più tardi in un volume edito dalla Jovene).

Già in precedenti contingenze si è avuto modo di dirigere l'attenzione scientifica sul tema (si può vedere il mio “L'apporto della comparazione nel rapporto tra scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale” nel volume appena citato), che, in effetti, supera le strettoie delle relazioni tra teoria e pratica del diritto e muove nella direzione di definire i contorni della riflessione comparatistica in ciascuna delle dimensioni (metodologiche, storiche, casistico-problematiche) nelle quali si articola.

La tesi che si è consolidata attraverso lo studio appena ricordato, e che qui viene esposta nella invarianza di presupposti e conclusioni, tende ad accreditare un sistema relazionale, alla luce di specifiche esperienze comparatistiche, tra configurazioni, teorica e pratica, del diritto qualificato dalla piena integrazione ed inscindibilità degli elementi (tra i quali spiccano, anche per sporadico ma non infrequente contrasto, i fattori dogmatici e quelli giurisprudenziali) che concorrono a darvi vita. Nè va escluso, sempre alla luce della fenomenologia, che la comparazione possa aver assunto, e possa adempiere tale missione anche in futuro, un ruolo di guida all'interno di tale sistema interrelazionale. Il riferimento all'esperienza giuridica quale tempo e luogo di svolgimento della ricerca di cui ci si sta occupando nasce e validamente si sostiene sul fondamento del memorabile insegnamento di Capogrossi (ne *Il problema della scienza del diritto*, del 1962) secondo cui "La scienza lavora. Essa è nell'esperienza giuridica e partecipa alla vita dell'esperienza giuridica".

È da aggiungere che gli studiosi comparatisti hanno generalmente operato mediando tra due concezioni rivali in termini di rappresentazione dello stato complessivo di un ordinamento giuridico, l'una fondata sul carattere scientifico e dogmatico del diritto e sulla sua razionale coerenza, l'altra traente origine dalle espressioni del diritto quali si possono ricavare dalla concreta, casistica esperienza (così nota opportunamente Moccia, nella monografia del 2005 *Comparazione giuridica e Diritto europeo*). In questo cuneo trova piena legittimazione scientifica la giuscomparazione in misura direttamente proporzionale alla sua attitudine a trattare dei problemi relativi agli "ordinamenti, intesi come entità globali, ai loro elementi essenziali, ai fattori che formano le strutture caratterizzanti e rappresentano le peculiarità" (così si esprimono Sacco e Gambaro nell'edizione del 2008 dei loro *Sistemi giuridici comparati*).

Tornando ai rapporti tra scienza giuridica e prassi, come conformati anche per effetto dell'intervento della comparazione giuridica, si deve tener conto, come ho già scritto, che la declinazione in senso casistico delle ricerche comparatistiche, ed in particolar modo di quelle che corrono lungo la pista dei raffronti tra "figurae iuris", più che nell'aria rarefatta delle tassonomiche classificazioni degli ordinamenti (alla stregua delle opere di David e Costantinescu), non è solo un dato di fatto ripetuto ed approvato ma è soprattutto una modalità peculiare e prestigiosamente attuata per interpretare i compiti del comparatista (illuminanti sono le parole di Gorla al riguardo, scritte nei due volumi, già citati, *"Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico"*, di metà degli anni '50 del secolo scorso, inneggianti al metodo casistico, concepito come quello che consente di "rifare o riprodurre nella nostra mente.... il processo mentale che porta giudici e legislatori... a formulare astrazioni di regole e principii"). Nè, una volta postulata e riconosciuta la circolarità degli scambi tra scienza

giuridica e prassi inverte ed oggetto di ricognizione da parte della comparazione giuridica, quale sia l'elemento che esercita sull'altro maggiore influenza: ciò che conta qui stabilire è che la comparazione giuridica, in quanto diretta promotrice dell'aggregazione di tutti gli elementi costitutivi di un dato ordinamento, è destinataria e protagonista del dibattito tra aspetto scientifico-teorico ed aspetto pratico-casistico.

Resta, tuttavia, da percorrere la strada della scientificità intrinseca anche del metodo casistico, dimostrandone l'attendibilità. In questa intrapresa di speciale utilità si rivela il ricorso allo studio dell'esperienza giuridica inglese, indicata come prototipo di siffatto atteggiamento mentale nonché pragmatico.

In verità, il mondo giuridico anglosassone mostra quanto sia sempre stato sentito l'interesse verso il dialogo dottrina-giurisprudenza, respingendo l'idea della separatezza tra teoria e pratica del diritto e della carenza in quest'ultima di adeguate basi scientifiche. Nel celebre caso *Spiliada Maritime Corporation v Consulex Ltd* del 1987 Lord Goff of Chieveley tributò gratitudine ad alcuni autori che gli erano stati d'aiuto nella redazione della sua opinione, accomunando giuristi pratici (giudici) e teorici (studiosi) nelle vesti di pellegrini in cammino lungo una strada infinita, alla volta di un'irraggiungibile perfezione, che conversano tra loro in modo reciprocamente gratificante.

Lo stesso filone di pensiero era stato reso esplicito agli inizi degli anni '30 del XX secolo da due memorabili saggi ascrivibili ad altrettanti autori reputati maestri della dottrina inglese. Si tratta di Pollock con il suo *The science of case-law*, apparso postumo nel 1961-dopo la morte dell'autore nel 1937- e di Goodhart con il suo *Precedent in English and continental law* del 1934. Nel primo scritto il case law venne definito come quella parte del diritto inglese formata non da atti normativi ma da pronunce giudiziali riportate in appositi repertori che seguono "servilmente" i precedenti, con il solo temperamento di evidenti finzioni (è trasparente il riferimento alla tecnica del "distinguishing" adottato come mezzo di sottrazione all'obbligo sequenziale in parola), anche se già dal titolo si palesa il riconoscimento della scientificità del diritto casistico, pur non immune dal rischio di dannose stratificazioni. L'altro scritto scorge una benefica idoneità del case law a creare nuove regole negli spazi lasciati vacanti dalla mancanza di precedenti (sulla esiguità di regole precedenti nel common law inglese si era già espresso nel suo "*Wyclif on English and Roman law*" del 1896 Maitland, (1850-1906)), e ciò in considerazione del rapporto impari tra le sue poche regole vincolanti ed i tanti spazi bianchi che sono figli della estraneità di quell'ordinamento alla tecnica di redazione delle norme in termini generali ed astratti. Seppure frange non marginali della dottrina inglese non abbiano nel tempo mancato di esprimere riserve

verso il metodo casistico (si veda la rassegna di Baker nell'edizione del 1979 di *"An introduction to English legal history"*) per il pericolo, che può generare, di fissità dell'apparato di regole vincolanti (nonché per l'ambiguità e gli errori di prospettiva che possono annidarsi nei precedenti giudiziali, come notò uno dei massimi teorici della argomentazione giuridica, lo scozzese Mac Cormick -1941-2009- nel suo *"Legal reasoning and legal theory del 1978"*), è ancora oggi del tutto prevalente l'opposto movimento di opinioni che, al contempo, individua nel case law un possibile strumento di calibro scientifico a vantaggio dell'intero sistema di common law e ragiona sui vantaggi attraverso lo stesso conseguibili in termini di stabilità ordinamentale. L'argomento che riscatta il diritto casistico dallo stigma della paventata ascientificità è stato, infine, scolpito nella sua riconducibilità metodologica alle scienze naturali, sotto il profilo della comune predilezione per il criterio di osservazione empirica della realtà a scopi predittivi degli accadimenti e delle esperienze future, così promuovendo a regola il risultato dell'osservazione stessa. Ed infatti, la regolarità delle reazioni giurisprudenziali a certe azioni dell'uomo che cadono sotto la diretta cognizione giudiziale consente di conoscerne il trattamento nel tempo, trattamento invariabile se non in presenza del mutamento delle condizioni in presenza delle quali fu per la prima volta sancita la regola applicabile: in modo corrispondente scrisse Pollock nell'opera da ultimo citata l'osservazione di un fenomeno naturale conduce, in contesti costanti ed in assenza di varianti, al medesimo esito senza possibilità di sorprese, tanto da rendere superflua la rinnovazione dell'esperienza e consegnare alla storia di quella particolare branca delle scienze naturali solo il primo esperimento, in quanto i successivi esibiscono mero carattere reiterativo.

Ai fini della presente indagine riesce nitido il disegno degli apporti della comparazione giuridica, nella peculiare forma del suo esercizio attraverso il metodo casistico, alla scienza giuridica in generale: la predittività del diritto, o quanto meno la sua prevedibilità, è requisito logicamente necessario per soddisfare l'ideale della sua certezza (Lord Eldon, pronunciandosi nel caso *Sheddon v. Goodrich* del 1803, affermò che è preferibile la certezza del diritto agli arrovellamenti del giudice circa il modo di apportarvi correzioni migliorative: analogo elogio della certezza fu declamato dal giudice Ashhurst nel caso *Goodtitle v Otway* nei seguenti termini: *"And perhaps it is of less importance how the law is determined, than that it should be determined and certain"*).

Non sembri paradossale né destabilizzante l'ipotesi che, mutate le circostanze, le Corti inglesi siano indotte a cambiare la regola precedente, accedendo alle disparate formule del citato *"distinguishing"*, dell'*"overruling"* puro, del *"prospective overruling"* (al riguardo si può rinviare al mio *"Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora*

distanti?” del 2008).Perchè,come insegna Pollock,essendo scopo del diritto fare giustizia “between man and man”,non può cedere alla tentazione della immutabilità della regola precedente per sole ragioni di “elegantia iuris”,a scapito delle esigenze del caso concreto (ed in questa controllata mobilità della regola giurisprudenziale si colloca l'elemento differenziale rispetto alle regola sperimentale propria delle scienze naturali).

Una prima conclusione si può trarre relativamente al ruolo svolto dal case law nel complesso ordito del sistema giuridico inglese: esso continua a prosperare, senza tema di eclissarsi, occupando tutti gli spazi consentiti dalla mancanza di un'opera codificatrice,ma senza per questo indulgere mai alla seduzione di compiere ultrattivamente la propria funzione di law making quando sulla materia a proposito della quale le Corti sono chiamate a giudicare il Parlamento abbia legiferato,di cui queste sono tenute a rispettare la sovranità in aderenza alla teoria costituzionalistica elaborata da Dicey (1835-1922) ed illustrata nelle varie edizioni,succedutesi nel tempo,di “An introduction to the study of the law of the Constitution”.

Se la posizione del common law inglese appare,nella logica del tributo che la giuscomparazione è in grado di onorare nei confronti della generale scienza giuridica,di lampante ed imponente rilievo per via delle interconnessione tra prassi e teoria,non può negarsi che anche dal versante dei contributi scientifici dei comparatisti italiani esposti nei paragrafi precedenti i risultati siano sicuri e convalidati dall'estensione dei riferimenti alle esperienze straniere circolanti in tutti i formanti,come dimostrano sia gli studi di diritto interno, che ormai non rinunciano allo sguardo profondo oltre i confini nazionali,sia l'avvalimento molto frequente ed utilissimo da parte della giurisprudenza degli “exempla” esterni (diffusi in modo pregnante nelle pronunce di legittimità),sia il recepimento da parte del Legislatore di modelli normativi stranieri invalsi in materia di speciale rilevanza sociale.Nè impediante ,dal punto di vista giurisprudenziale,si è in sostanza dimostrata la disposizione dell'art.118 comma 3 disp.att. cod.proc.civ. (che,come spiega Monteleone (1943) nel bel saggio del 2007 “Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze”,rinviene un suo antecedente nella Prammatica del 27 settembre 1774 di Ferdinando IV di Borbone,confermata nel dispaccio reale del 25 novembre dello stesso anno che ammonisce i Giudici a non fondare le proprie decisioni sulle nude autorità dei dottori,che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato,o reso incerto ed arbitrario il diritto”) secondo cui “In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici”.Ed invero,e per fortuna,la secca e rigorosa previsione viene costantemente elusa mediante il meritorio stratagemma delle citazioni impersonali o dei richiami delle prevalenti o maggiormente qualificate correnti di pensiero,da cui originano provvidenziali flussi comunicativi ed informativi tra dottrina e giurisprudenza (tanto fitti che icasticamente Castronovo (1946) nella sua “Eclissi del diritto civile” del 2016

contempla l'evenienza della giurisprudenza che si fa dottrina).Flussi che vengono alimentati proprio dallo sguardo lungo lanciato verso esperienze ordinamentali diverse,soppesate in tutti i loro formanti,a partire da quelle comunitarie e dei diritti umani.In questo gioco di interazioni ed integrazioni ordinamentali,che ha nella comparazione giuridica la propria genitrice,si è perfettamente innestata la giurisprudenza inglese che,nel corso di una ormai più che ventennale stagione,che si auspica non venga bruscamente interrotta da improvvise pulsioni Brexiteer,fa del ricorso agli altri sistemi europei (si veda l'opinione di Lord Goff nel caso *White v Jones* del 1995,infarcita di mutui dai diritti francese e tedesco) ed alla giurisprudenza comunitaria (si veda la leading opinion di Lord Nicholls of Birkenhead nel caso del 2001 *White and The Motor Insurance Bureau*,deciso sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di interpretazione delle eccezioni racchiuse nelle direttive poi trasposte negli ordinamenti degli Stati membri) un vero e proprio “common place”,con evidenti effetti sul terreno della ri-edificazione di un “ius commune aereopeum”.

Al termine di questo viaggio nel multiforme universo comparatistico è lecito consolidare la fiducia in una visione infrazionabile dell'intero fenomeno giuridico ,nella sua componente scolare ed in quella casistica.E questo notevole merito va riconosciuto ai cultori della nostra materia,giovane ma ormai saldamente immersa nelle acque degli ordinamenti territoriali.

Sul punto dell'unitarietà della scienza giuridica (cui coopera per le ragioni appena enunciate in maniera brillante il diritto comparato) le parole di Capogrossi (1889-1956),scritte nell'opera già citata,costituiscono un legato esemplare:”essa è incapace di diventare o una scienza puramente logica o una scienza puramente storica,ed insieme incapace di escludere interamente l'una e l'altra esigenza,incapace di diventare pura conoscenza:essa è la rappresentazione giuridica della singolarità dell'esperienza giuridica che serve di strumento a tutte le forme di esperienze e realizza una esperienza solo nella quale l'individuo trova la via per realizzare il suo destino”.

6. Le scuole civil-comparatistiche italiane e la loro influenza culturale

La veloce rassegna, che nelle parti precedenti si è effettuata, della traiettoria storica della giuscomparazione italiana nella sua anima civilistica, anche nelle sue relazioni con le omologhe comunità straniere, dovrebbe servire a delineare un ritratto policromatico di questa articolazione della scienza giuridica .Il diritto comparato nasce in Italia,malgrado le illustri

origini Vichiane (e la prosecuzione nelle lezioni di Cuoco) ed Amariane,circondato da soffuse perplessità e da non nascoste prese di distanza dottrinarie che prendono di mira,in molti casi solo implicitamente,la pretesa di espandere il perimetro della ricerca oltre le rassicuranti e capienti mura domestiche e l'incerta identità scientifica (a lungo ha suscitato compiacente ilarità lo stantio adagio che dipingeva i comparatisti come aspiranti docenti di diritto interno che ,avendo mancato la cattedra,cercavano asilo accademico presso discipline esotiche) di chi si accingeva agli studi comparatistici.Due concatenati e felici gruppi di circostanze rovesciarono il tavolo dalla seconda metà del XX secolo in poi.In primo luogo,l'accreditamento indiscusso di opere incentrate sul chiaro tratteggiamento dei profili metodologici della materia (a quelli di David (1906-1990) e Costantinescu (1939),già citati,vanno aggiunti esemplificativamente i nomi di Zweigert (1911-1996), Kotz (1935) , Henri Mazeaud (1900-1993).Andrè Tunc (1917-1999))ed il rigoroso tracciamento della sua natura scientifica non poterono lasciare insensibili le generazioni di giuristi interni le cui acute menti si andavano predisponendo all'introiezione di nuovi modelli giuridici,nella ragionevole previsione che a questa evenienza avrebbero corrisposto iniezioni di nuova linfa nel diritto italiano,affrancandolo dalle secche concettualistiche imperanti: grandi studiosi di diritto interno come Ascarelli (1903-1959),Sarfatti ,Rotondi (1900-1984) recepirono il messaggio di novità già prima della tragedia bellica e si attrezzarono anche didatticamente istituendo corsi universitari della materia.E già alla fine degli anni 1930 (esattamente nel 1927) vedeva la luce,ad opera di Salvatore Galgano (1887-1965) l'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,edito fino al 1972 e ripreso nel 2010 , con bellissime pagine introduttive di Gabriele Crespi Reghizzi (1941) ed Antonino Procida Mirabelli di Lauro (1957) ,animato da un folto Comitato di redazione.

La seconda,altrettanto decisiva,causa di irrobustimento del prestigio e della capacità di permeazione della giuscomparazione può individuarsi nell'esempio proveniente dai due padri fondatori del diritto comparato moderno in Italia,Gino Gorla e Rodolfo Sacco i quali,quasi a smentire le maldicenze sul calibro scientifico degli studiosi disciplinari, optarono,da Professori ordinari di diritto civile,per la cattedra comparatistica,allora pressochè misconosciuta nei piani di studio uiniversitari ed ignota,se non avversata, alla burocrazia ministeriale.Ed alla coraggiosa opzione si accompagnò e seguì una prodigiosa produzione scientifica,nonchè il sempre più profondo ingresso italiano nell'accademia comparatistica internazionale (l' International Academy of Comparative Law, che oggi conta un discreto numero di docenti italiani tra i membri titolari nominati per cooptazione) , la costituzione dell'Associazione Italiana di diritto comparato,la fruttuosa alleanza culturale con qualificati studiosi di altre discipline quali Verrucoli e Cappelletti (1927-2004).Tutto questo fervore,cui si unì il crescente e plateale

riconoscimento del prestigio degli studiosi italiani nell'arena mondiale, condusse verso porti sicuri la giuscomparazione, che vide fiorire nuovi intelletti disseminati lungo lo stivale, dei quali non è possibile adesso la puntuale menzione nominativa ovvero per proprietà di interessi e di produzione. Oggi la schiera dei comparatisti, civilisti e pubblicisti, italiani e delle Scuole e dei Maestri da cui germinano sempre più numerosi e sempre più vivaci allievi è ampia, competente, variegata negli interessi, ascoltata in tutto il mondo della scienza giuridica, diramata geograficamente, presente in terre straniere, produttrice di trattati, manuali, volumi che risentono dell'evoluzione del pensiero ma fedeli nella passione verso il comune e risalente ceppo scolare, portatrice di un orgoglioso senso di appartenenza scientifica. Ed è forse tempo che, ad onta di ancora esistenti resilienze, venga finalmente adottata, anche nei curricoli universitari, la dizione unificata ed unitaria della materia, ribattezzandola a tutto tondo come "diritto comparato" senza aggettivazioni areali, in omaggio all'adesione ad un metodo ed a scopi omogenei, con l'avvaloramento della tradizione mondiale. In questo senso non vanno accolti con favore i ricorrenti tentativi di accrescere del fregio della parola "comparato" pressochè ogni disciplina di diritto interno che, pur povera della necessaria formazione metodologica, si inerpichi sugli impervi (quanto sostanzialmente improduttivi di pregevoli risultati scientifici) cammini della occasionale conoscenza del diritto straniero. E tutto ciò per rispetto di un autonomo plesso culturale che ha avuto la capacità di integrarsi perfettamente e proficuamente nell'area vasta della scienza giuridica.

