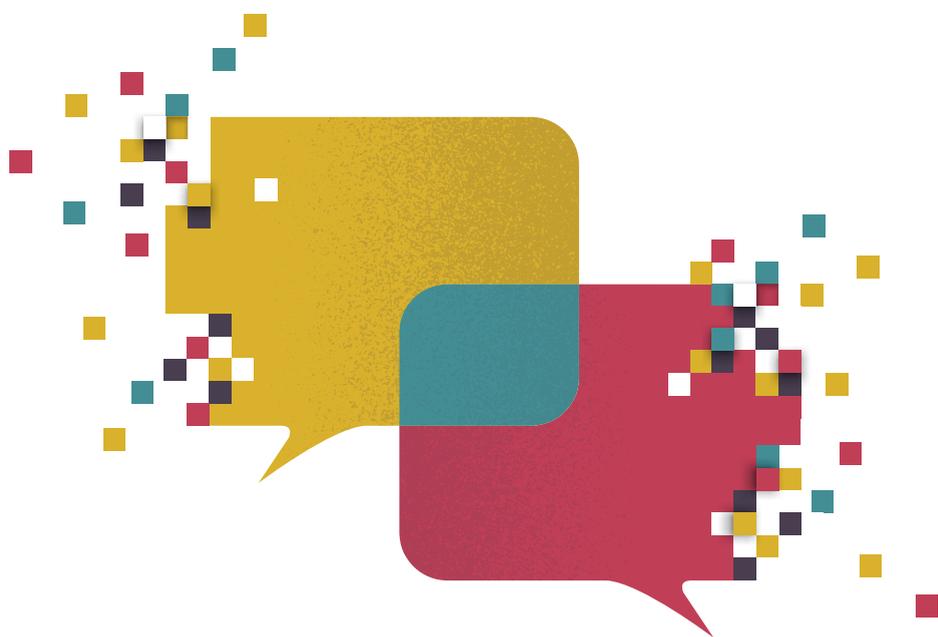


COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI



A cura di

Alessandro Somma

Vincenzo Zeno-Zencovich

Studies in Law
and Social Sciences **6**



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana “Studies in Law and Social Sciences”

6

COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI

A cura di

Alessandro Somma
Vincenzo Zeno-Zencovich



Roma TrE-Press
2021

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotisque (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: RomaTrE-Press ©

Roma, maggio 2021

ISBN: 979-12-5977-017-2

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

PREMESSA di ALESSANDRO SOMMA e VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	1
--	---

DIRITTO AGRARIO

ANTONIO IANNARELLI, <i>Comparazione e diritto agrario</i>	7
---	---

DIRITTO AMMINISTRATIVO

LUCA DE LUCIA, <i>Comparazione e sfide del diritto amministrativo</i>	21
---	----

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>La comparazione dei diritti amministrativi nello spazio giuridico europeo</i>	41
--	----

GIULIO NAPOLITANO, <i>Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato: acerrimi nemici o migliori amici?</i>	59
--	----

DIRITTO COMMERCIALE

VINCENZO CARIELLO, <i>In cammino verso la comparazione nel e per il diritto societario (a favore di un'ermeneutica della comparazione)</i>	75
--	----

DIRITTO DEL LAVORO

LORENZO GAETA, <i>La comparazione nel diritto del lavoro italiano</i>	183
---	-----

DIRITTO E RELIGIONE

ENRICA MARTINELLI, <i>Per una lettura epistemologica del diritto comparato delle religioni</i>	207
--	-----

ROBERTO MAZZOLA, <i>Diritti inutili? La variabile "religiosa" nelle dinamiche del diritto comparato</i>	227
---	-----

DIRITTO PENALE

ALESSANDRO BERNARDI, <i>Sul ruolo della comparazione nel processo di europeizzazione del diritto penale</i>	251
---	-----

MASSIMO DONINI, <i>I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica</i>	281
--	-----

GABRIELE FORNASARI, <i>L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico</i>	319
--	-----

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

ANGELO DONDI, *Comparazione oggi. Brevi (e molto limitate) impressioni dal côté processuale* 333

LUCA PASSANANTE, *I metodi del diritto processuale civile: tra diritto positivo e comparazione* 341

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

RENZO ORLANDI, *L'approccio comparatistico nelle dottrine processualpenalistiche. Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano* 359

CONCLUSIONI

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Un diritto comparato dialogante* 377

ALESSANDRO SOMMA, *Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo* 381

NOTIZIE SUGLI AUTORI E LE AUTRICI 413

Premessa

Sono ormai lontani gli anni in cui alla comparazione si dedicava un limitato numero di giuristi accademici, ed essa aveva uno spazio risicato nei programmi di insegnamento universitari. Il diritto comparato è ora diffusamente studiato e praticato, e sono numerosi i corsi che vi fanno a vario titolo riferimento: da quelli incentrati sulla macrocomparazione, i Sistemi giuridici comparati ma anche i Diritti corrispondenti alle diverse famiglie di sistemi (Diritto angloamericano, Diritto islamico, Diritto latinoamericano, Diritto africano e così via), a quelli dedicati alla microcomparazione: i Diritti privato e pubblico comparato fino ai Diritti coincidenti con i vari settori dell'ordinamento privatistico (Diritto comparato dei contratti, Diritto di famiglia comparato, Diritto del lavoro comparato e molti altri) e pubblicistico (ad esempio Diritto penale comparato, Diritto parlamentare comparato e Diritto amministrativo comparato). La produzione scientifica, poi, include sovente riferimenti comparatistici più o meno articolati, e sono numerosi i campi del sapere giuridico nei quali le ricerche prive di questi riferimenti sono considerate carenti.

Il successo della comparazione giuridica è tale che i suoi cultori per professione, ovvero gli accademici il cui percorso formativo si è formalmente incentrato sullo studio e l'insegnamento della materia, sono da tempo tenuti a dividerlo con i cultori del diritto positivo. Questi sviluppi hanno prodotto e producono frizioni che, al netto di quelle legate alle peculiarità dei meccanismi accademici, occorre prendere in seria considerazione. Si tratta invero di sviluppi inevitabili e per molti aspetti positivi, dal momento che offrono ai cultori del diritto comparato una vasta platea di interlocutori, e con ciò preziosi stimoli a riflettere sul senso della loro attività di studiosi e di docenti. Il successo della comparazione induce cioè a mettere a fuoco i fondamenti di quell'attività, a pensare e ripensare lo statuto epistemologico della materia così come la sua collocazione entro il campo dei saperi giuridici.

Detto questo, quella condotta dai cultori del diritto positivo è in buona sostanza una microcomparazione, che si avvale degli strumenti di analisi in massima parte predisposti dai comparatisti: i primi non si occupano direttamente delle categorie sistemologiche e delle metodologie comparatistiche, che sono soliti mutuare più o meno acriticamente dai secondi. Questo non significa che una riflessione dedicata alle categorie e le metodologie sia superflua: la rende al contrario una necessità impellente, se non altro perché le acquisizioni in questo ambito non sono mai definitive, e necessitano di essere costantemente verificate soprattutto nelle fasi in cui si accumulano i risultati di un loro utilizzo poco meditato. Significa però che

il confronto tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo è tanto più produttivo, quanto più muove da una messa a fuoco delle vicende di cui i primi possono rivendicare una particolare competenza: non certo per poi renderle impermeabili al confronto, bensì per contribuire ad allargarne l'orizzonte, a non schiacciarlo sul terreno privilegiato dall'interlocutore.

Anche questa fase preliminare rispetto al confronto con i cultori del diritto positivo deve però essere preceduta da confronti. Essa richiede infatti una interlocuzione con studiosi capaci di stimolare nuove riflessioni attorno alla sistemologia e alla metodologia comparatistica.

L'interlocuzione più immediata è quella con le materie con cui i comparatisti hanno fin da subito mostrato una particolare affinità: prima fra tutte la storia del diritto. Evidentemente il contesto in cui operano gli storici presenta differenze di rilievo rispetto a quello che interessa il diritto comparato, se non altro perché i primi stanno vivendo una fase di interesse calante per la loro materia. Comune è però la diretta conseguenza di una simile situazione, ovvero la necessità di riflettere circa il ruolo della disciplina, e di farlo sullo sfondo di un confronto con il diritto positivo e i suoi cultori. Di qui la scelta di inaugurare una serie di riflessioni sul senso della comparazione giuridica con un raffronto tra i suoi cultori e gli storici del diritto: custodi entrambi di un binomio antico tenuti a identificare nuovi propositi per il suo sviluppo oltre la mera conservazione. A questi aspetti si è dedicato un seminario tenutosi nell'Università di Ferrara nell'ottobre del 2016, i cui risultati si possono leggere in un corposo volume di indubbio interesse per i cultori delle due discipline, oltre che per gli studiosi del diritto positivo interessati ai dibattiti condotti in seno a materie cui sono più o meno soliti fare riferimento¹.

L'interlocuzione dei comparatisti interessati a prepararsi al dialogo con i cultori del diritto positivo deve però superare i confini del sapere giuridico. Anche altre discipline condividono del resto l'intreccio con la comparazione, innanzi tutto quelle che il comparatista privilegia nel momento in cui invoca l'opportunità di un approccio interdisciplinare. Di qui l'opportunità di rivolgersi alle scienze sociali e umane e in particolare all'antropologia, all'economia, alla politica, alla sociologia e alla storia: per raccogliere spunti idonei a riflettere sui fondamenti della comparazione condotta in quegli ambiti, da mettere a frutto come stimoli al ripensamento dei fondamenti della comparazione giuridica e del suo statuto epistemologico. In questo ci siamo impegnati nel corso di un seminario tenutosi all'Università di Bergamo nel maggio 2018 e dedicato alla comparazione tra comparazioni, i

¹ M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018. Il volume è liberamente accessibile in rete: www.rg.mpg.de/gplh_volume_11.

cui partecipanti si sono interrogati sui loro oggetti, scopi e metodi².

Forti degli stimoli offerti dalle interlocuzioni con la storia del diritto e con la comparazione nelle scienze umane e sociali, abbiamo dato vita a un confronto tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo, per ora limitato alle materie che non sono in competizione più diretta con la comparazione giuridica: a queste, ovvero al diritto privato e al diritto pubblico e costituzionale, dedicheremo una ulteriore iniziativa. Questo volume riporta i risultati del confronto, che si è tenuto all'università di Ferrara nel settembre 2019, e che ha coinvolto cultori del diritto agrario, del diritto amministrativo, del diritto commerciale, di diritto e religione, del diritto penale, del diritto processuale civile e del diritto processuale penale.

Ai partecipanti abbiamo chiesto innanzi tutto di mettere a fuoco il ruolo che la comparazione ha rivestito e riveste nelle loro materie, e in particolare di segnalare se essa ha dato vita unicamente a esercizi di microcomparazione o se ha invece coinvolto anche la macrocomparazione. Abbiamo poi chiesto di indicare le finalità dei raffronti, precisando se comprendono il mero incremento delle conoscenze attorno ai diritti stranieri, e di riflesso al diritto interno, magari utilizzate per rovesciare le ortodossie prevalenti nello studio dei diversi diritti positivi. Abbiamo quindi invitato a indicare le finalità di ordine pratico di volta in volta privilegiate, in particolare quelle connesse con il processo di unificazione del diritto, soprattutto in area europea, e con il proposito di identificare modelli da importare. Infine abbiamo sollecitato una riflessione circa l'eventuale utilizzo della comparazione come espediente idoneo a esaltare non tanto le comunanze, quando l'identità e dunque la diversità dei diritti studiati.

Come si vede, non abbiamo inteso concentrare l'attenzione sulla metodologia comparatistica, e neppure sugli oggetti della comparazione. Il come e il cosa comparare sarebbero del resto emersi come ricaduta di una riflessione sul perché comparare, a cui dedicare spazio nelle nostre conclusioni. Per aggiungere così un ulteriore tassello nel ripensamento dei fondamenti della nostra disciplina, nella convinzione che il cammino intrapreso è ancora tanto lungo e impegnativo quanto appassionante e coinvolgente. Per questa tappa ci corre però l'obbligo di ringraziare Clarissa Giannaccari e Lorenzo Serafinelli, a cui si deve la preziosa opera di editing del volume.

Alessandro Somma

Vincenzo Zeno-Zencovich

² G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2021.

DIRITTO AGRARIO

Antonio Iannarelli

Comparazione e diritto agrario

SOMMARIO: 1. La specialità del diritto agrario – 2. Dal protezionismo all'eccezionalismo agricolo – 3. Comparazione diacronica e sincronica nello sviluppo del diritto agrario – 4. Il diritto agrario tra localismo e globalismo.

1. *La specialità del diritto agrario*

Nell'ambito dell'indagine sul ruolo che la ricerca comparatistica ha avuto ed ha nella riflessione e nella ricerca accademica dei cultori del diritto positivo, la vicenda specifica del diritto agrario può dirsi singolare ed eccentrica rispetto a quanto è dato rinvenire a proposito delle altre discipline giuridiche presenti nell'articolazione delle materie il cui insegnamento è previsto nei curricula universitari.

Ciò è dovuto, a ben vedere, fondamentalmente al fatto che il diritto agrario, a differenza di altre materie giuridiche di più antica tradizione, si pensi al diritto civile, al diritto penale, al diritto amministrativo etc., è emerso nella modernità, a partire dagli inizi del Novecento, quale diritto speciale, alla stessa stregua del diritto del lavoro, come tale in posizione differenziata rispetto agli altri insegnamenti di portata generale. Infatti, a differenza di questi ultimi, la sua stessa emersione e, successivamente, il suo pieno accoglimento tra le materie di rilievo accademico, in termini sia di concreta identità e peculiarità, sia di pari dignità nei curricula universitari, hanno rappresentato un momento oltremodo significativo e, al tempo stesso, non facile nella sua evoluzione, tale da influire in termini del tutto originali proprio in ordine al tema relativo al rapporto con la comparazione.

In altre parole, per quanto riguarda il rapporto del diritto agrario con la comparazione, può dirsi, anticipando in un certo senso le considerazioni conclusive di questa riflessione, che tale rapporto da un lato ha accompagnato lo sviluppo stesso della disciplina nella misura in cui i suoi cultori sono stati chiamati per molto tempo a definirne la stessa identità e giustificarne la nascita e la presenza, dall'altro ha operato all'interno del medesimo settore

diritto agrario in ragione proprio dello sviluppo singolare che le sue fonti hanno registrato, a partire dagli anni sessanta del Novecento, per via della normativa di fonte comunitaria e, successivamente, di provenienza internazionale in ragione della globalizzazione dell'economia.

2. *Dal protezionismo all'eccezionalismo agricolo*

Per comprendere meglio il senso del carattere speciale del diritto agrario è tuttora preziosa e lucida l'indicazione offerta da Ascarelli agli inizi degli anni Cinquanta del Novecento. Il grande commercialista accomunava il diritto agrario ed il diritto del lavoro nella prospettiva della specialità¹. In entrambi i casi, a suo dire, si era in presenza di giovani discipline emerse in tale secolo ed indirizzate fundamentalmente alla tutela ed alla promozione di specifici soggetti: discipline destinate ad occuparsi di normative singolari e, per certi versi, eccentriche rispetto a quelle tradizionali volte alla tutela indifferenziata di interessi privati o interessi pubblici.

Siffatta singolarità rispecchiava due specifiche circostanze storiche proprie della modernità. Essa era legata da un lato all'emersione dell'industria e dunque del lavoro subordinato di massa nei processi produttivi, dall'altro alla necessità socio-economica di adeguare il mondo della produzione agricola di base alle esigenze della società moderna in modo da favorire un assetto normativo indirizzato ad aumentare l'*output* agricolo, pur sempre fondamentale per l'alimentazione: di qui l'inevitabile esigenza da un lato di superare la tradizionale cornice rappresentata dalla riflessione sulla proprietà in generale e dall'altro di concentrare l'attenzione sugli operatori agricoli. Non è un caso, del resto, che in quel medesimo periodo storico, l'esperienza giuridica nordamericana, in linea con il più avanzato sviluppo dell'economia

¹ Il riferimento specifico nel testo è alla più matura riflessione di T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Id*, *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milano 1959, p. 39 ss. Essa, a ben vedere, è il punto di arrivo di una indagine ben più risalente svolta dall'eminente giurista, a partire dagli studi avviati negli anni Trenta in connessione con l'intervento dello Stato nell'economia e con il superamento del sistema giuridico di puro stampo liberale. Con riferimento pur sempre al diritto agrario ed al diritto del lavoro, si v. infatti le considerazioni che si rinvergono in *Id*, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario: tenuto in Firenze nei giorni 21, 22 e 23 ottobre 1935*, Tipografia Mariano Ricci, Firenze 1935, p. 102 ss.; *Id*, *Le funzioni del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 1 ss.; *Id*, *Su un diritto comune del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1951, I, p. 165 ss.

del nuovo mondo rispetto all'Europa, già nell'ambito della eccezioni circa l'applicazione della disciplina antitrust, avesse significativamente accomunati i *farmers* con i *workers*, in una prospettiva ormai tutta concentrata sui problemi delle relazioni di mercato². Considerazione questa, peraltro, di non poco rilievo al fine di un corretto approccio dell'allora giovane ricerca agraristica italiana proprio in quanto, come ebbe a rimarcare sempre Ascarelli, a dispetto di «istituti giuridici strutturalmente o dogmaticamente identici» presenti in vari Paesi è facile che si nascondano problemi radicalmente diversi, posto che possono presentarsi «geograficamente contemporanee, epoche storiche invece diverse»³.

Per quanto riguarda il diritto agrario italiano, va peraltro precisato che, nella persistente continuità circa la specialità della disciplina, nel corso dei trascorsi decenni è significativamente mutato il punto fondamentale di incidenza della tutela assicurata ai produttori agricoli. Ciò è avvenuto in ragione dei mutamenti strutturali del sistema economico, in particolare del passaggio da una società in corso di industrializzazione a quella odierna ormai post-industriale.

Più precisamente, nella prima fase, indirizzata allo sviluppo di una agricoltura in grado di rispondere alle accresciute esigenze alimentari di una società in via di industrializzazione, rispondente alla prima metà del Novecento, il cuore del diritto agrario si è sostanzialmente concentrato nella gestione del conflitto tra proprietà della terra ed impresa agricola: conflitto, che, a ben vedere, alle soglie della modernità aveva a sua volta

² Per indicazioni più precise sull'evoluzione legislativa nordamericana dallo *Sherman Act* al *Capper-Volstead Act* si rinvia al nostro *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale. Soggetti e concorrenza*, Cacucci, Bari 2018.

³ I riferimenti nel testo si rinvengono nel contributo di T. ASCARELLI, *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, in *Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario Firenze 22-24 ottobre 1955*, Giuffrè, Milano 1958, p. 49. È il caso di aggiungere, proprio nella prospettiva offerta dal grande giurista, che l'esperienza giuridica e legislativa italiana per ampia parte del Novecento, ivi compreso il periodo corporativo, ha conosciuto, con tutte le inevitabili vischiosità ed ambiguità, la contemporanea presenza, dovuta agli squilibri storici dei diversi territori compresi nella penisola, di problematiche socio-economiche distanti tra loro. Essa è stata chiamata a fronteggiare al tempo stesso sia il superamento, in molte aree, di rapporti agrari premoderni dovuti alla presenza ancora del latifondo, sia il conflitto sociale più moderno tra la proprietà terriera e l'impresa agricola. La duplicità delle questioni socio-economiche da affrontare è del resto evidente all'interno stesso del progetto costituzionale alla luce della specifica attenzione riservata alla proprietà ex artt. 42 e 44 con specifico riferimento alla terra. Infatti, nel progetto costituzionale originario, il perseguimento del razionale sfruttamento (economico-produttivo) del suolo, con la costituzione di adeguate strutture produttive, si accompagnava all'attuazione sia di equi rapporti sociali, sia di una redistribuzione della ricchezza tale da rendere la proprietà accessibile a tutti.

progressivamente preso il posto dell'altro problema, ancor più risalente ed allora pur sempre aperto in molti Paesi europei, in particolare proprio in Italia, relativo al conflitto tra proprietà terriera e lavoro in agricoltura causato dal significativo squilibrio allora persistente in molte aree del Paese tra i *possidentes* e la moltitudine del proletariato agricolo.

Come dire, dunque, che l'obiettivo di fondo della disciplina è stato alle origini quello di agevolare l'accesso alla terra, di assicurarne l'utilizzo produttivo da parte degli imprenditori nel conflitto con la rendita: di qui la centralità dei temi rappresentati dalla proprietà agraria e dall'impresa e dai contratti agrari nonché dalla creazione delle infrastrutture economiche ed istituzionali per favorire il decollo dell'agricoltura italiana.

Nella seconda fase dello sviluppo economico, emersa a partire dal secondo dopoguerra, grazie al definitivo inserimento della produzione agricola nell'ambito del sistema agro-alimentare e agro-industriale, la specialità della disciplina, in funzione pur sempre della tutela dei produttori agricoli, ha progressivamente trovato la sua nuova ragion d'essere a proposito delle relazioni di mercato che intervengono a valle del processo produttivo di base, ossia nel conflitto che nei rapporti di filiera vede i produttori agricoli chiamati a negoziare, in posizione di debolezza, anche in ordine alla fissazione dei prezzi dei prodotti, con le grandi imprese alimentari o con la grande distribuzione. Il tutto in stretta connessione, infine, con lo sviluppo crescente del nuovo tema relativo alla tutela della salute dei consumatori di prodotti alimentari, a partire da quelli a base agricola: tema, questo della *food safety*, che si è intrecciato con l'altro, tornato oggi di estrema attualità, relativo alla cosiddetta *food security*, vale a dire quello relativo all'adeguatezza della stessa produzione agricola a far fronte, a livello mondiale, alla crescente domanda di alimenti.

In entrambe le stagioni ora evidenziate, il diritto agrario, in quanto manifestazione emblematica del diritto dell'economia, pur nella comprensibile prevalenza della ricerca di indirizzo privatistico, ha da sempre dovuto cimentarsi con questioni di diritto pubblico con indubbio anticipo rispetto a ciò che poi sarebbe emerso anche in altre settori economici.

Peraltro, le stesse espressioni utilizzate per individuare la disciplina hanno rispecchiato nel corso del tempo il progressivo mutamento del punto focale della sua specialità. A titolo esemplificativo, nella esperienza giuridica tedesca i due momenti storici dianzi richiamati ben si colgono nel passaggio dal *Landwirtschaftsrecht* all'*Agrarrecht*; analogamente, nella esperienza francese dal tradizionale *droit rural* si è passati al *droit agraire*. Nella nostra esperienza giuridica nazionale, pur nella continuità dell'espressione *diritto agrario*,

assunta come onnicomprensiva e di valenza dinamica, si è sempre più fatto strada il richiamo anche alla dimensione agro-alimentare⁴: ciò a conferma tanto del cresciuto rilievo delle relazioni di mercato a valle, finalizzate alla fornitura di materia prima alimentare, rispetto alla fase preliminare, pur sempre decisiva, rappresentata dalla produzione, quanto del legame con le istanze finalistiche più recenti proprie del diritto alimentare indirizzato in maniera esclusiva a tutela della salute dei consumatori.

In ordine alla prospettazione circa i contenuti della specialità da riconoscere al diritto agrario, in rispondenza alle fasi storiche dianzi richiamate, è bene innanzitutto chiarire che tali fasi non sono coincise con le periodizzazioni che, rispettivamente, si riferiscono: a) ai primi decenni seguiti alla fine della seconda guerra mondiale e che sono contraddistinti da un forte interventismo pubblico nell'economia, spintosi ben aldilà di quanto suggerito dal modello cosiddetto keynesiano⁵, e successivamente b) al periodo storico a cavallo del nuovo millennio in cui sono emersi l'egemonia del neoliberalismo e il primato del libero mercato.

Ebbene, a proposito dei diversi contenuti della specialità propria del diritto agrario, può dirsi, in termini sintetici, che nella prima fase della modernizzazione il diritto agrario si è costruito all'insegna del "protezionismo agricolo". Nella seconda fase, tuttora in corso, la sua persistente devianza dai canoni applicati negli altri rami del diritto dell'economia si è espresso e tuttora si esprime in termini di "eccezionalismo agricolo"⁶: eccezionalismo che, a ben vedere, incontra oggi non poche difficoltà a fronte di spinte provenienti dalle grandi *lobbies* che dominano i mercati agricoli, favorevoli alla "normalizzazione" di tali mercati in termini di istituzioni in grado di autoregolarsi ossia da sottrarre ad ogni controllo ed intervento esterno

⁴ Il cresciuto rilievo della alimentazione, quale sbocco dell'attività agricola, lascia però impregiudicata la più ampia latitudine contenutistica della disciplina ove si pensi che: a) molte produzioni agricole di incisivo impatto economico ed ambientale (si pensi al legno) restano fuori dal circuito agro-alimentare; b) le strutture agricole forniscono attualmente anche servizi nella prospettiva della multifunzionalità.

⁵ Infatti, la politica economica adottata in molti Paesi industrializzati nel secondo dopoguerra ha reso fisiologico l'intervento pubblico finalizzato a stimolare la domanda interna, sì da condurre alla cosiddetta crisi fiscale dello Stato, laddove, nel modello elaborato da Keynes, a siffatto strumento si sarebbe dovuto far ricorso soltanto in precise circostanze congiunturali.

⁶ Sul punto, ci permettiamo il rinvio alle analisi svolte rispettivamente nel nostro *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino 2015, p. 113 ss. e, più di recente, alla luce degli attuali sviluppi nell'esperienza giuridica agraristica, nel nostro saggio *Il diritto agrario del nuovo millennio tra food safety, food security e sustainable agriculture*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, p. 511 ss.

come, nei tempi più recenti, è avvenuto per altri mercati e si vorrebbe che continuasse secondo i paradigmi neolibertistici.

3. *Comparazione diacronica e sincronica nello sviluppo del diritto agrario*

La sintetica prospettazione della parabola storica che ha caratterizzato la nascita e lo sviluppo del diritto agrario, dalla fase iniziale di avvio di una specifica ricerca, contenutisticamente orientata, sino alla sua compiuta consolidazione nelle “materie” comprese nei curricula accademici delle facoltà giuridiche, è preziosa ai fini del nostro discorso. Essa permette di comprendere il ruolo singolare che la comparazione ha avuto nella storia della cultura giuridica agraristica.

Infatti, nella prima stagione fondativa della “materia”, l’apertura alla comparazione si è rivelata importante sotto due principali aspetti, come del resto si coglie chiaramente dalla letteratura agraristica apparsa nella prima metà del Novecento.

In primo luogo, al fine di fornire una piena legittimazione al nuovo ramo del diritto designato come diritto agrario, la prima letteratura agraristica italiana ha registrato la presenza di molti studi di comparazione diacronica, ossia in termini di ricerca storico-giuridica⁷. Diversi studiosi di diritto positivo hanno ripercorso storicamente alcuni istituti giuridici presenti pur sempre nell’esperienza giuridica a loro contemporanea, analizzandone lo sviluppo, a partire dalle epoche premoderne: è sufficiente qui rammentare le ricerche storico-giuridiche sui contratti agrari, sull’enfiteusi, sugli usi civici, sulla proprietà forestale etc. Studi, mette conto segnalarlo, che, nei decenni successivi, in conseguenza della progressiva piena legittimazione accademica conseguita dal diritto agrario, sarebbero diventati oggetto di esclusiva indagine storica, pur sempre giuridica: paradigmatica, al riguardo, l’ampia e sofisticata indagine al centro della riflessione dello storico del diritto Paolo Grossi⁸, non a caso, autorevolissimo protagonista dello sviluppo culturale

⁷ Sul punto si v. P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nell’elaborazione dottrinale del diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 35 ss.

⁸ In merito alla sterminata produzione di rilievo agraristico di Paolo Grossi, per molti anni segretario dell’Istituto di diritto agrario internazionale e comparato, si vedano, a titolo puramente esemplificativo, le indagini su *Locatio ad longum tempus*, Morano, Napoli 1963; *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Cedam, Padova 1968; *Un altro modo di possedere*, Giuffrè, Milano 1977. Ricerche alle quali va affiancata una vastità di contributi, in parte raccolti nel volume *Dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992.

del diritto agrario italiano, anche per via del suo legame con l'istituzione più importante del diritto agrario della seconda metà del Novecento, rappresentata appunto, come si vedrà in prosieguo, dall'*Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*⁹ promosso da Giangastone Bolla¹⁰ nel 1957 ed al quale lo stesso Bolla legò organicamente la *Rivista di diritto agrario* che egli stesso aveva fondato nel lontano 1922.

In secondo luogo, proprio al fine di promuovere lo stesso sviluppo di risposte legislative che fossero all'altezza dei problemi legati al processo di industrializzazione dell'economia italiana, in quel medesimo periodo storico la letteratura agraristica ha iniziato ad occuparsi anche delle esperienze giuridiche di altri Paesi in materia di agricoltura. L'attenzione divenuta costante per la legislazione straniera – già anzitempo presente nella stessa Rivista di diritto agrario sin dai primi anni della sua fondazione – ha fatto sì che la comparazione sincronica tra diverse legislazioni di contenuto agraristico fosse considerata e divenisse una componente fisiologica dell'indagine agraristica italiana, per quanto in concreto coltivata in misura limitata.

La piena conferma della progressiva formalizzazione circa il rilievo crescente dell'indagine comparatistica all'interno della ricerca agraristica si rinviene proprio nella fondazione dell'*Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* promossa da Bolla nel 1957. L'istituto ha rappresentato, per molti decenni, la struttura culturale di riferimento non solo per tutti gli studiosi italiani del diritto agrario, ma anche per giovani ricercatori provenienti da Paesi terzi, soprattutto extraeuropei, interessati allo studio della disciplina ed ammessi, con borse di studio, a fruire della biblioteca dello stesso Istituto oltremodo ricca di letteratura giuridica ed economica proveniente anche da molti Paesi europei ed extraeuropei. Ciò ha favorito lo sviluppo di intense relazioni internazionali e scambi culturali degli agraristi italiani con studiosi e con strutture accademiche di altri Paesi.

Al riguardo, non è privo di rilievo segnalare che la fondazione dell'istituto fiorentino, nella cui intestazione emergeva chiaramente il rilievo assegnato proprio al ruolo della comparazione, per la verità allora del tutto assente nella riflessione civilistica dell'immediato secondo dopoguerra, rispecchiava l'accresciuta consapevolezza circa l'importanza

⁹ Sull'IDAIC si v. A. GERMANÒ, *L'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato: la storia*, in *Przegląd Prawa Rolnego*, 2017, I, p. 185 ss.

¹⁰ Su Giangastone Bolla, si v. per tutti, E. ROMAGNOLI, *Giangastone Bolla, la sua opera, la sua Rivista*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 6 ss.; E. BASSANELLI, *Giangastone Bolla, ivi*, 1971, I, p. 159 ss.; P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859/1950*, Giuffrè, Milano 1986, p. 216 ss.

della comparazione nello sviluppo della disciplina. Infatti, la sua fondazione non segnalava soltanto, nel percorso promosso pur sempre da Bolla, il superamento della pur significativa esperienza costituita dall'*Osservatorio italiano di Diritto agrario* istituito nel 1936 a ridosso del Primo Congresso italiano di diritto agrario, svoltosi l'anno precedente su impulso dello stesso Bolla. La nascita nel 1957 del nuovo Istituto, cui Bolla avrebbe legato quale suo "organo" la Rivista di diritto agrario, fu lo sbocco coerente del *Primo congresso nazionale internazionale di diritto agrario*, di ampio contenuto comparatistico, tenutosi a Firenze nel 1954 ed al quale parteciparono studiosi provenienti da trentasei Paesi e che proprio nelle mozioni conclusive aveva sollecitato la creazione, sempre a Firenze, di una struttura di ricerca internazionale sul diritto agrario. Con l'abbandono dell'Osservatorio, orientato esclusivamente all'esperienza nazionale, a favore del nuovo Istituto aperto esplicitamente alla comparazione e all'indagine sovranazionale, il legame con la comparazione è diventata formalmente una direttrice identitaria nell'esperienza della cultura agraristica italiana, preparatoria ed anticipatrice, rispetto alla compiuta successiva consacrazione del diritto agrario nel sistema universitario nazionale.

4. *Il diritto agrario tra localismo e globalismo*

La linea direttrice della ricerca agraristica, chiaramente individuata nel programma culturale dell'Istituto fiorentino di diritto agrario e della Rivista di diritto agrario, si è rivelata nei primi decenni repubblicani autenticamente pionieristica in ragione delle indubbie difficoltà incontrate dalla materia quanto alla sua presenza nei curricula universitari e, dunque, alla costituzione di un primo solido corpo di docenti all'interno delle istituzioni universitarie.

Il percorso destinato a consolidare la compiuta strutturazione sul piano accademico della disciplina e, al tempo stesso, a rafforzare l'indubbia fisiologica apertura degli agraristi per la comparazione, è stato indubbiamente facilitato dalle singolari congiunture storico-politiche che hanno inciso sull'evoluzione dell'agricoltura per larga parte della seconda metà del Novecento sino ai giorni nostri e confermato il ruolo strategico del settore primario nell'economia dell'intero pianeta.

In una visione retrospettiva del periodo ora richiamato è possibile, infatti, individuare tre fondamentali tappe dell'evoluzione del diritto agrario italiano intervenute in corrispondenza di significativi avvenimenti storici.

Si intende fare riferimento innanzitutto all'esperienza giuridica avviata in Europa a partire dai primi anni sessanta con l'istituzione della Comunità economica europea. L'attenzione primaria che nel contesto disciplinare di fonte comunitaria è stata assegnata all'agricoltura, al centro di interventi legislativi diretti a guidare lo sviluppo del settore primario in quanto meritevole di un trattamento privilegiato rispetto agli altri settori economici, ha indotto necessariamente anche gli studiosi italiani del diritto agrario da un lato a dover per primi fronteggiare il singolare intreccio tra le fonti che il funzionamento della Comunità portava seco, dall'altro a dover fare i conti, tanto in sede di elaborazione dei nuovi strumenti giuridici forgiati a livello comunitario, quanto in sede della loro implementazione ed applicazione in sede nazionale, delle soluzioni legislative e giurisprudenziali emergenti nelle diverse esperienze giuridiche degli altri Paesi membri: di qui il sempre più stretto rapporto tra il diritto agrario nazionale ed il diritto agrario comunitario e il rafforzamento, più generale, del ruolo della comparazione.

Più precisamente, nell'esperienza giuridica europea legata all'istituzione della Comunità, successivamente sostituita dall'Unione, la strutturazione fisiologica di un continuo virtuoso *feed-back* tra l'elaborazione culturale e legislativa propria dei singoli Paesi e quella adottata, a sua volta, dalle istituzioni europee, ivi compresa la giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno contribuito in misura fondamentale a rafforzare l'attenzione e l'apertura per la comparazione nella cultura agraristica, a partire soprattutto da quella degli agraristi italiani per molti decenni all'avanguardia nel panorama europeo.

Aldilà dei riscontri che possono effettuarsi attraverso la ricognizione dei contributi letterari più significativi che nel corso dei decenni sono emersi, l'apertura fisiologica della cultura agraristica alla comparazione può cogliersi a pieno ove si consideri la declaratoria che, a livello delle discipline accademiche, è stata consapevolmente adottata nel nostro Paese per individuare il *proprium* del diritto agrario quale autonomo settore scientifico in termini sia contenutistici, sia metodologici.

Infatti, nel decreto ministeriale 4 ottobre 2000, la declaratoria del settore disciplinare "diritto agrario" non si limita a fare riferimento agli studi aventi ad oggetto la disciplina di fonte nazionale e comunitaria relativa «all'organizzazione ed allo svolgimento dell'attività produttiva agricola nei suoi molteplici aspetti», ma, esplicitamente, quanto al metodo di indagine, richiama l'attenzione proprio sui «profili di diritto comparato».

Peraltro, nell'evoluzione dell'economia mondiale in cui si è andata collocando la stessa esperienza europea e, dunque, anche quella nazionale,

l'esigenza dell'approccio comparatistico nella ricerca giuridica agraristica ha trovato ulteriori ragioni strutturanti a causa della crescente interdipendenza delle economie dei singoli Paesi in chiave globale. A questo riguardo è sufficiente richiamare in primo luogo quanto emerso a seguito della istituzione nel 1995 della WTO, ossia dell'organizzazione del commercio mondiale. Essa ha portato ad una contrazione del protezionismo economico sino ad allora applicato dai singoli Paesi e da vari blocchi di stati sovrani e, dunque, ha rafforzato l'esigenza di un costante confronto tra le soluzioni giuridiche adottate nelle diverse esperienze, al fine di verificarne la correttezza rispetto ai nuovi paradigmi fissati negli accordi adottati in sede di WTO.

Nella medesima prospettiva, infine, si è collocata la più recente esperienza giuridica che a livello globale si registra a proposito della *food law*, ossia del diritto alimentare. Esso, infatti, non solo incide anche sullo svolgimento delle attività agricole di base in funzione sempre della tutela della salute dei consumatori di alimenti, ma, a causa delle sue diverse articolazioni normative ed indirizzi culturali di ispirazione, risulta attualmente al centro di una vera e propria competizione a livello internazionale tra le sue distinte formulazioni e modelli istituzionali adottati in Europa, negli Stati Uniti e più di recente in Cina: competizione che ha come obiettivo l'egemonia quanto alla regolamentazione dei mercati mondiali delle materia prime e dei prodotti alimentari a base agricola.

In definitiva, il complesso intreccio sempre più determinante tra fonti giuridiche multilivello, di *hard law* e di *soft law*, cui si collega la dialettica tra localismo e globalismo, tra il primato delle filiere agro-alimentari transnazionali e lo sviluppo del diverso circuito costituito dalle filiere cosiddette corte, attualmente al centro del confronto tra le diverse politiche del diritto che hanno come portatori non più solo Stati sovrani, ma anche soggetti privati che dominano i mercati internazionali delle materia prime, evidenzia che la comparazione giuridica ha assunto un ruolo determinante nell'indagine giuridica che voglia essere all'altezza dei problemi del presente.

Tale ruolo, a ben vedere, è destinato ormai a rilevare in tutte le discipline giuridiche in ragione dell'interdipendenza a livello planetario di tutti i mercati, non più solo di quelli agricoli, nonché della dimensione planetaria che hanno assunto le relazioni umane, grazie anche ai progressi della tecnologia e dell'economia digitale.

Sotto questo profilo, come si è cercato qui sinteticamente di illustrare, il diritto agrario ha indubbiamente contribuito con anticipo a segnare il percorso volto a collocare la comparazione nello strumentario indispensabile per una corretta indagine giuridica. Il ruolo pionieristico assolto dai cultori

del diritto agrario nell'orientare fisiologicamente la ricerca giuridica in chiave comparatistica ha, a ben vedere, corrisposto a pieno alle esigenze intrinseche alla concreta realtà economica quale si è andata sviluppando nella storia a noi più vicina e che ha trovato nelle trasformazioni del mondo dell'agricoltura un singolare laboratorio per attestare un approccio metodologico, destinato oggi, per le medesime ragioni, a dover applicarsi in tutti i settori dell'indagine giuridica.

Al tempo stesso, resta comunque indubbio che il *proprium* di questo ramo speciale del diritto, inscritto nel suo dna, è quello di assicurare una specifica tutela per gli operatori agricoli, quali protagonisti insostituibili sia dell'attività agricola, tuttora fonte primaria dell'alimentazione umana, sia del presidio del territorio rurale nell'interesse dell'intera comunità, con tutte le comprensibili tensioni dovute alla persistente asimmetria di potere economico che pur sempre differenzia i *farmers*, grandi e piccoli che siano, dai colossi dell'*Agribusiness*.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Luca De Lucia

Comparazione e sfide del diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Introduzione – 1.1. Diritto amministrativo e comparazione in Europa: uno sguardo diacronico – 1.2. Articolazione dello scritto – 2. Diritto amministrativo europeo e comparazione – 2.1. Integrazione amministrativa e comparazione – 2.2. Costruzione del diritto amministrativo europeo e meso-comparazione – 3. Metodo della scienza del diritto amministrativo e comparazione – 3.1. Aggiornamento del metodo del diritto amministrativo e comparazione: tre esempi – 3.2. La prospettiva della comparazione metodologica nella scienza del diritto amministrativo italiano – 4. Conclusioni: l’assorbimento della comparazione nel diritto amministrativo.

1. *Introduzione*

Nel contesto europeo il rapporto diacronico tra diritto amministrativo e comparazione non è di agevole interpretazione. Infatti, a questo proposito si possono riscontrare in dottrina affermazioni in apparenza contraddittorie. Da un lato, si sostiene che la comparazione in questo campo sia fenomeno piuttosto recente¹, dall’altro si ritiene invece che il diritto amministrativo sia addirittura “figlio” della comparazione². Probabilmente entrambe le affermazioni sono vere³.

1.1. *Diritto amministrativo e comparazione in Europa: uno sguardo diacronico*

Dalla seconda metà dell’800 – ossia nella fase genetica della scienza del diritto amministrativo – hanno visto la luce in Europa⁴ numerosi studi di

¹ Cfr. per tutti le considerazioni di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, vol. V, Utet, Torino 1990, p. 206 ss.

² C. MÖLLERS, *Methoden*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VÖSSKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II ed., vol. I, C.H. Beck, München 2012, p. 161.

³ M.J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Les Cours de Droit, Paris 1957-1958, p. 18 ss.

⁴ Tuttavia, si ricordi quanto alla dottrina statunitense, F.J. GOODNOW, *Comparative*

diritto amministrativo comparato o straniero⁵. Vi è stata dunque un'intensa circolazione di idee e metodi di studio tra le scuole nazionali in via di formazione: si pensi al recepimento (sia pure indiretto) e alla rielaborazione del metodo pandettistico in Italia a partire dalla fine del XIX secolo, dovuti essenzialmente all'opera di Vittorio Emanuele Orlando⁶. Si può ancora ricordare la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* di Otto Mayer; diritto francese che, come noto, ha rappresentato l'ordinamento di ispirazione per la costruzione del diritto amministrativo tedesco⁷. Massimo Severo Giannini ha ricordato che all'epoca: «la scienza italiana del diritto amministrativo in particolare e anche quella germanica, ebbero l'accortezza di tenersi in un primo momento permanentemente in contatto ... con le scienze giuridiche di altri Paesi»⁸. Questa esigenza di un rapporto permanente con gli "altri" viene spiegata generalmente in considerazione della novità rappresentata dallo stesso diritto amministrativo e dalla necessità di individuare adeguati

Administrative Law, 2 voll., G.P. Putnam's sons, New York, Londra 1893, dove sono messi a confronto i diritti amministrativi degli Stati Uniti, dell'Inghilterra, della Francia e Germania. Sull'opera di Goodnow, cfr. ad es. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 441 ss.; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1977), Il Mulino, Bologna 2004, p. 422 s.

⁵ Cfr. ad es. l'inquadramento offerto da M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamento dei sistemi nazionali e contesto globale*, Il Mulino, Bologna 2019, cap. I; si veda anche quanto riferito da C. SCHÖNBERGER, *Verwaltungsrechtsvergleichung*, in A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg 2011, p. 519 ss. Per limitarsi ad alcuni esempi relativi alla dottrina europea, si possono ricordare: R. GNEIST, *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, 2 voll., J. Springer, Berlin 1857/1860; L. STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland; als Grundlage für Vorlesungen*, Cotta, Stuttgart 1870; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 8 voll., Larose et Forcel, Paris 1861/1868; F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1885, IV, p. 81 ss. Per quanto riguarda il Regno Unito e la nota presa di posizione nei confronti del diritto amministrativo francese di Albert Venn Dicey, è sufficiente rinviare a S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini*, 1990, p. 6 ss.; nonché ID., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito* (2000), ora in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano 2010, p. 4 ss.

⁶ Cfr. ad es. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quad. fiorentini*, 1973, p. 180 ss., spec. p. 242 ss.

⁷ O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, K.J. Trübner, Strassburg 1886, su cui, per tutti, E.V. HEYEN, *Otto Mayer: Frankreich und das Deutsche Reich*, in *Der Staat*, 1980, p. 444 ss.; M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo* (1983), ora in ID. (a cura di), *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2001, p. 451 ss.

⁸ M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 245 s.

paradigmi (torici e metodologici) per la costruzione di questo ramo del diritto. Nella fase di fondazione, dunque, la comparazione ha rappresentato non già un ambito di studio secondario, ma il “nucleo” stesso della scienza del diritto amministrativo⁹.

Notevole è stata ovviamente anche la circolazione di istituti giuridici e di istituzioni (basti pensare ai Consigli di Stato e, più in generale, alla stessa idea di giustizia amministrativa)¹⁰ dovuta in ampia misura, direttamente e indirettamente, all’esperienza napoleonica¹¹.

Tuttavia, come noto, con l’affermarsi del metodo giuridico e del connesso portato positivistico (talvolta accompagnato da venature nazionalistiche), la comparazione è entrata in una zona d’ombra (mai assoluta) che si è progressivamente diradata (in Europa) solo a partire dalla seconda metà del ‘900 del secolo scorso¹². Da questo punto di vista è allora vero che la comparazione nel diritto amministrativo rappresenta un fenomeno recente.

Senza soffermarsi in modo analitico sull’evoluzione di questa vicenda, si può prendere atto che la comparazione oramai fiorisce non solo nel diritto amministrativo italiano¹³, ma anche in quello di molti Paesi europei, degli Stati Uniti e dell’Australia. Vanno poi menzionate le organizzazioni accademiche che si propongono di agevolare contatti scientifici (bilaterali o multilaterali) tra studiosi di diversi Paesi e che oramai sono piuttosto numerose¹⁴. In particolare, si possono trovare studi di tutti i generi: micro-, macro- e meso-comparazioni¹⁵, comparazioni bi- e multilaterali, comparazioni all’interno delle cosiddette tradizioni di *common law*¹⁶ e di

⁹ Ad es. C. SCHÖNBERGER, *Verwaltungsrechtsvergleichung*, cit., p. 520.

¹⁰ Sui rapporti tra l’esperienza rivoluzionaria francese e l’istituzione della giustizia amministrativa nei territori tedeschi, cfr. i contributi raccolti nella seconda parte del volume K.-P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Springer, Heidelberg 2019.

¹¹ Cfr. per tutti L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 305 ss.

¹² Ma si veda J. RIVERO, *Cour de droit administratif comparé*, cit.

¹³ Per uno sguardo alla situazione italiana al 2011, cfr. R. CARANTA, *Lo stato della comparazione nel diritto amministrativo comparato in Italia*, in *Ius Publicum Net. Rev.*, dicembre 2011 (lo scritto è reperibile al seguente indirizzo internet, consultato il 17 dicembre 2019: <http://www.ius-publicum.com>).

¹⁴ Oltre alle organizzazioni bilaterali, si può menzionare l’*International Society of Constitutional Law* (I-Con Society) che, dal 2014, si riunisce annualmente con la partecipazione di studiosi di diritto pubblico provenienti da tutto il mondo.

¹⁵ Cfr. ad es. di recente K.-P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, cit., *passim*.

¹⁶ Cfr. ad es. P. CANE, *Controlling Administrative Power*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, sui cui la recensione critica di P. CRAIG, *Book Review: Comparative Administrative Law and Political Structure*, in *Oxford Journ. Leg. Stud.*, 2017, p. 946 ss.

civil law, così come comparazioni tra “famiglie” diverse, cosiddetti “dialoghi paralleli”, ricerche ispirate all’«ideologia della differenza» così come a quella dell’analogia¹⁷. Spesse volte si tratta di studi di grandissima qualità culturale.

A titolo di esempio, vale la pena di segnalare, tra le tante¹⁸, tre opere di ampio respiro. La prima è lo *Handbuch Ius Publicum Europaeum* che intende indagare numerosi aspetti dei diritti pubblici di diversi Paesi europei. Di sette volumi sinora pubblicati, ben quattro sono dedicati al diritto amministrativo¹⁹: ne esaminano lo sviluppo, i caratteri delle rispettive scienze giuridiche, le attuali tendenze. Essi hanno una struttura analoga: introduzione, rapporti nazionali, contributi trasversali. Si ha qui un imponente e complesso racconto, nel quale diverse vicende si intrecciano continuamente e alle narrazioni individuali si accompagna la narrazione di una storia collettiva (attraverso i contributi trasversali).

In secondo luogo si deve ricordare la seconda edizione del *Comparative Administrative Law*, a cura di S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson²⁰. Anche questo lavoro è di grandissimo interesse, perché si fonda su un approccio metodologico multidisciplinare (diritto, storia, scienze politiche e sociali) e analizza alcuni ambiti centrali di diversi ordinamenti amministrativi (basi costituzionali e trasformazioni, indipendenza amministrativa, trasparenza e procedimento, tutela dei diritti, europeizzazione e internazionalizzazione).

¹⁷ Usa questa terminologia C. SCHÖNBERGER, *Verwaltungsrechtsvergleichung*, cit., p. 507 ss.

¹⁸ Si possono ancora menzionare a titolo di esempio: B. MARCHETTI, *Searching for the fundamentals of administrative law*, Giappichelli, Torino 2019; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007, che, con contributi affidati a più autori, ha affrontato in modo trasversale alcuni temi centrali del diritto amministrativo; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Puf, Paris 2006, che parimenti si è soffermato su argomenti tradizionali della materia in diversi ordinamenti; J.-P. SCHNEIDER (a cura di), *Verwaltungsrecht in Europa*, 2 voll., Vandenhoeck & Ruprecht, Osnabrück 2007 e 2009.

¹⁹ A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. III, *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, C.F. Müller, Heidelberg 2010; *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV, cit.; A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. V, *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, C.F. Müller, Heidelberg 2014; A. VON BOGDANDY, P. M. HUBER, L. MARCUSON (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VII, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, C.F. Müller, Heidelberg 2019. Da segnalare inoltre che il volume III è stato quasi integralmente tradotto in inglese: S. CASSESE, A. VON BOGDANDY, P. M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2017.

²⁰ S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON (a cura di), *Comparative Administrative Law*, II ed., Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2017.

La terza opera è *Diritto amministrativo comparato* di Marco D'Alberty²¹ che, riprendendo un precedente studio degli inizi degli anni '90 del secolo scorso²², indaga, in prospettiva storica, convergenze e divergenze dei diritti amministrativi di Francia, Regno Unito, Stati Uniti e Italia.

È questa una mera esemplificazione che intende dare conto della ricchezza della comparazione in questo ambito. Di fronte a una produzione scientifica così cospicua, sarebbe impossibile (e comunque inutile) passare in rassegna i contributi principali, cercare fili conduttori o costanti metodologiche. Si può solo riscontrare la tendenza prevalente (ma non esclusiva) a mettere a confronto tra loro Paesi occidentali²³.

1.2. *Articolazione dello scritto*

Diversi fattori hanno determinato la rinascita dell'interesse delle scienze del diritto amministrativo per "gli altri". Due di essi – tra loro collegati – sono però di particolare rilievo. Innanzitutto si deve ricordare l'apertura degli ordinamenti nazionali derivanti dalle diverse forme di integrazione sovranazionale, prima tra tutte l'Unione europea. Il fenomeno determina una notevole relativizzazione della statualità che, come accennato, ha rappresentato una delle cause dell'eclissi della comparazione. A ciò si aggiungono le dinamiche interne alle singole scienze giuridiche nazionali che, riconoscendo spesso i limiti dei metodi di studio tradizionali, hanno finito per valorizzare la comparazione quale componente dell'aggiornamento metodologico.

A questo punto si deve però segnalare una notevole contraddizione. Per limitarsi all'ambito europeo, l'attenzione per la comparazione non riguarda le scuole nazionali nella loro interezza, ma solo alcuni settori, ad oggi tutto sommato ancora marginali (in un'ottica quantitativa). Permangono infatti ancora ampi segmenti di dottrina che non manifestano interesse per esperienze giuridiche diverse. Se ciò rischia di rappresentare un fattore di marginalizzazione, si deve di contro osservare che, in Italia, tra gli studiosi più giovani la comparazione è mediamente praticata in modo ben più

²¹ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit. Si veda al riguardo la recensione di A. SANDULLI in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 946 ss.

²² M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Il Mulino, Bologna 1992.

²³ Cfr. ad es. S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON (a cura di), *Comparative Administrative Law*, cit., che si occupa, ad esempio, anche degli ordinamenti di Taiwan e del Sudafrica.

ampio e sistematico che in passato.

Partendo da questo quadro generale, nel seguito si svolgono brevi riflessioni su entrambi i fattori che inducono alla comparazione nel diritto amministrativo. In primo luogo, si evidenzia come essa possa svolgere un ruolo centrale nella costruzione (e nella comprensione) del diritto amministrativo europeo, inteso qui come il diritto che regola l'attività esecutiva delle istituzioni e delle agenzie europee. A tal fine si rivolge l'attenzione a un segmento della cosiddetta giustizia amministrativa europea (par. 2). In secondo luogo, si mette in luce come la comparazione possa avere un'utilità essenziale, non solo per quanto riguarda il diritto positivo, ma anche con riferimento al metodo di studio. A questo riguardo, ci si sofferma brevemente sul contesto italiano per mettere in luce la necessità di un aggiornamento metodologico che può bene essere sostenuto da un'adeguata osservazione degli studiosi di altri ordinamenti (par. 3).

Questi due esempi dovrebbero essere utili innanzitutto a dimostrare l'irrinunciabile funzione che oggi la comparazione svolge in questo ambito. Inoltre, nonostante il profondo mutamento del quadro di riferimento rispetto alle origini, essi evidenziano possibili forme di continuità funzionale con il passato del rapporto tra comparazione e diritto amministrativo: la prima può infatti contribuire in modo decisivo a sistematizzare una realtà amministrativa relativamente nuova (quella dell'UE), può altresì concorrere a un adeguamento del metodo di studio a fronte delle trasformazioni dell'amministrazione, dello Stato, della società civile, così come del contesto economico.

Nelle conclusioni si auspica che la comparazione venga sempre più integrata nell'ordinario metodo di studio del diritto amministrativo. Si accenna altresì ad alcune conseguenze che da ciò derivano (par. 4).

2. Diritto amministrativo europeo e comparazione

È opinione generalmente condivisa che l'integrazione europea abbia incentivato in modo decisivo il ricorso alla comparazione nel diritto amministrativo²⁴. La connessione tra integrazione europea e comparazione si può percepire da diversi punti di vista.

2.1. Integrazione amministrativa e comparazione

In primo luogo, la realizzazione del mercato unico (al pari delle altre forme di integrazione), e in particolare l'armonizzazione normativa, impone la conoscenza dei diversi contesti regolamentari sui cui la disciplina europea incide²⁵. Allo stesso modo le attività di monitoraggio sul recepimento e la valutazione degli effetti della medesima normativa sugli ordinamenti nazionali richiedono ovviamente analisi comparate. Non è un caso che la Commissione europea e le altre istituzioni effettuino (o facciano effettuare) continuamente studi di questo genere sull'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri.

In secondo luogo, la comparazione contribuisce a instaurare un clima di fiducia tra le amministrazioni nazionali che devono operare sul mercato unico. Si pensi all'istituto del mutuo riconoscimento o alle altre forme di cooperazione tra autorità nazionali (art. 197 TFUE)²⁶. Peraltro, il processo di integrazione ha portato anche alla costituzione di associazioni tra giudici amministrativi (ad esempio *Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the Eu*, nonché *Association of European administrative judges*) che hanno la finalità di agevolare la reciproca conoscenza, la circolazione di idee e di costruzioni giurisprudenziali.

In terzo luogo, la comparazione può contribuire a individuare la disciplina di specifici istituti del diritto europeo. Il ricorso a tale tecnica è talvolta imposto dal Trattato; ciò accade, ad esempio, con la responsabilità extracontrattuale dell'Unione che deve essere regolamentata conformemente ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» (art. 340

²⁴ Cfr. in generale M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, cit.; ID., *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano 2006, p. 1933 ss., spec. p. 1935 ss.

²⁵ Su ciò cfr. es G. De VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II ed., Cedam, Padova 1987, p. 21 ss.

²⁶ Ad es. C. MÖLLERS, *Methoden*, cit., p. 162.

TFUE)²⁷. Tuttavia, anche in assenza di espresse indicazioni normative, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la dottrina operano regolarmente il raffronto tra gli ordinamenti statali per dare struttura a singoli istituti del diritto europeo. Da questo punto di vista, sono emblematici i pareri degli avvocati generali che, per questioni specifiche del diritto amministrativo sovranazionale²⁸, suggeriscono talvolta soluzioni pratiche rinviando a una o più esperienze statali. Ovviamente, ciò presenta il rischio – che però riguarda maggiormente la dottrina – della «nazionalizzazione del diritto amministrativo europeo», ossia dell'arbitraria interpretazione di porzioni della normativa sovranazionale alla luce delle categorie di un determinato diritto nazionale; o peggio il rischio di tendenze interpretative ispirate a volontà egemoniche²⁹. Ciò evidenzia l'importanza del corretto uso del metodo comparativo, dal momento che ogni scelta in questo ambito dovrebbe essere adeguatamente argomentata, attraverso l'indicazione puntuale delle ragioni che inducono a prendere in considerazione un certo ordinamento.

2.2. *Costruzione del diritto amministrativo europeo e meso-comparazione*

Questo procedimento metodologico si può applicare anche a segmenti più ampi dell'ordinamento europeo, ossia alla struttura stessa dell'attività

²⁷ È interessante notare che, a proposito della configurabilità della responsabilità dell'Unione per atto lecito, la Corte di giustizia ha affermato: «se l'esame comparativo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri ha permesso alla Corte di procedere molto presto alla constatazione ... riguardante una convergenza di tali ordinamenti giuridici nel sancire un principio di responsabilità in presenza di un'azione o di un'omissione illecita della pubblica autorità, anche di ordine normativo, ciò non si verifica affatto per quanto riguarda l'esistenza eventuale di un principio di responsabilità in presenza di un atto o di un'omissione leciti della pubblica autorità, in particolare quando essi sono di ordine normativo»: C. giust. UE, 9 settembre 2008, C-120 e 121/06, *FIAMM e altri c. Consiglio e Commissione*, par. 175.

²⁸ Cfr. ad es. Avvocato generale Szpunar, conclusioni del 26 luglio 2017, C-326/17, *LL c. Parlamento europeo*, relativamente alla sospensione dei termini di ricorso in connessione con la presentazione di un reclamo amministrativo. Per quanto riguarda la dottrina si vedano, ad esempio, gli studi di J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, II ed., Nomos, Baden-Baden 2005 e di T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Heidelberg 2008, i quali espongono l'insieme degli istituti del diritto amministrativo europeo alla luce degli analoghi istituti di una serie di Stati membri.

²⁹ Sul che, in generale, cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 77 ss.

esecutiva del diritto dell'Unione³⁰, o a insiemi coerenti di istituti (meso-comparazione)³¹. A questo proposito si può fare un esempio, prendendo come riferimento la «giustizia amministrativa europea», ossia l'insieme degli strumenti, amministrativi e giurisdizionali, finalizzati a tutelare i soggetti privati nei confronti dell'attività esecutiva delle istituzioni e delle agenzie europee.

Si sostiene comunemente che la disciplina della tutela giurisdizionale nell'Unione europea, e in particolare quella dell'azione di annullamento (proposta da singoli o imprese: art. 263 c. 4 TFUE), si ispiri in modo marcato al modello francese quanto al ruolo del giudice amministrativo³². Se l'osservazione è sicuramente corretta, essa non autorizza però a sostenere che la «giustizia amministrativa europea», nel suo complesso, sia improntata al modello francese³³.

L'affermazione può essere dimostrata con l'ausilio di un esempio. Sin dall'inizio degli anni '90 il legislatore europeo ha previsto, con riferimento ad alcune agenzie decentrate munite del potere di emanare decisioni di carattere individuale, specifici strumenti di protezione amministrativa dei diritti. Si tratta di procedimenti giustiziali, di regola pregiudiziali a quello giurisdizionale, gestiti da organismi indipendenti (commissioni di ricorso), incardinati presso le medesime agenzie. Queste commissioni – composte non solo di giuristi, ma anche di tecnici – sono in alcuni casi dotate di poteri

³⁰ Ad es. R. SCHÜTZ, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2010, p. 1385 ss. che analizza il potere esecutivo europeo in comparazione con due ordinamenti federali (USA e Germania); P. CANE, *A Framework for Historically Comparing Control of National, Supranational and Transnational Public Power*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON (a cura di), *Comparative Administrative Law*, cit., p. 601 ss., che invece si propone di leggere il potere esecutivo europeo alla luce della comparazione con tre ordinamenti di *common law* (UK, USA e Australia).

³¹ Ad es. M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2015, con riferimento alle agenzie europee messe a raffronto con quelle dell'ordinamento USA.

³² Ad es. J. BAST, *Handlungsformen und Rechtsschutz*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Heidelberg 2009, p. 493 s.; A. BOERGER-DE SMEDT, *La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA*, in *Journ. Eur. Int. Hist.*, 2008, p. 2 ss., spec. p. 7 ss.; D. DE PRETIS, *Giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 290; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., p. 288 s.

³³ Peraltro l'origine francese dell'azione di annullamento non ha vincolato la Corte di giustizia a seguire gli standard di tutela definiti nell'ordinamento di provenienza; essa ha agito in autonomia, recependo principi e valori da vari Stati membri. Né questa origine ha impedito di comparare la funzione della Corte di giustizia con quella di corti supreme di ordinamenti di *common law*: cfr. ad es. P. CRAIG, *Book Review: Comparative Administrative Law and Political Structure*, cit.

di merito, nel senso che possono modificare direttamente o richiedere alle agenzie di modificare l'atto impugnato. Il modello è fortemente consolidato nella pratica amministrativa: per ciascun settore le commissioni di ricorso decidono molte più controversie di quanto non faccia il Tribunale³⁴.

Peraltro nel maggio 2019 il legislatore è intervenuto sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, dettando ulteriori regole in materia. In base alla nuova disciplina, per poter appellare le sentenze (e le ordinanze) del Tribunale relative a decisioni di alcune commissioni di ricorso, è necessaria una specifica autorizzazione della Corte di giustizia. L'autorizzazione è rilasciata quando l'impugnativa «solleva una questione importante per l'unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell'Unione»³⁵. Questa procedura - che ha la finalità di assicurare in questi casi il rispetto del principio della *proportionate dispute resolution* - produce tra l'altro l'effetto di integrare le commissioni di ricorso nel circuito giudiziario, rendendole in sostanza «court substitutes»³⁶.

Per tornare alla questione, si deve rilevare che le commissioni di ricorso presentano significative similitudini con una certa fase di evoluzione dei cosiddetti *statutory tribunals* del Regno Unito³⁷ e, più in generale, con alcune forme di revisione amministrativa condotte da *administrative law judges* in agenzie dell'ordinamento statunitense³⁸. In altri termini, questi organismi gestiscono un rimedio rapportabile al concetto di *appeal*, potendo «make a completely fresh determination of the matter»³⁹; mentre, per seguire la medesima concettualità di *common law*, la Corte di giustizia dell'Unione europea può solo rivedere la legalità della decisione impugnata, agendo

³⁴ Per ulteriori dettagli, cfr. L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, spec. p. 337 ss.

³⁵ Art. 58bis dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, come modificato dal regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019. Sul che cfr. L. DE LUCIA, *L'evoluzione della tutela dei diritti nei confronti delle agenzie europee a proposito della recente modifica dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2019, p. 335 ss.

³⁶ Su questo concetto, cfr. per tutti P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart, Oxford, Portland 2009.

³⁷ C. STEBBINGS, *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; H.W. ARTHURS, *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto 1985.

³⁸ Per un'argomentazione più dettagliata sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2015, p. 1305 ss., spec. p. 1316 ss.

³⁹ Il tema è molto noto, cfr. per tutti M. HARRIS, *The Place of Formal and Informal Review in the Administrative Justice System*, in ID., M. PARTINTON (a cura di), *Administrative Justice in the 21st Century*, Hart, Oxford, Portland, Oregon 1999, p. 43 s.

secondo il modello del *judicial review*⁴⁰.

Dal punto di vista teorico, questo inquadramento aiuta a fare giustizia dell'idea che il diritto amministrativo europeo (ossia quello che regola l'attività e l'organizzazione delle istituzioni e degli organismi dell'Unione) rappresenti, al pari di quello francese (e dei Paesi che ne hanno subito l'influenza), un "diritto speciale", in quanto espressione di autorità in grado di incidere sulla libertà dei privati; caratteri questi che spiegherebbe l'istituzione di un giudice speciale (quello amministrativo)⁴¹. Per alcune sue parti, il diritto amministrativo europeo rappresenta piuttosto espressione di specializzazione, fondandosi infatti sulla differenziazione funzionale e organizzativa di alcuni apparati all'interno dell'amministrazione dell'Unione. A questa differenziazione spesso corrispondono forme particolari di azione e specifici strumenti, amministrativi e giurisdizionali, di protezione dei diritti. Peraltro le notevoli oscillazioni normative di questi rimedi dimostrano l'incertezza del legislatore circa l'equilibrio prescelto nell'ordinamento europeo tra la tutela dell'interesse pubblico e quella dei privati. Un'incertezza che, in effetti, finisce per riguardare il livello di individualismo del sistema di protezione dei diritti.

La similitudine del rimedio gestito dalle commissioni di ricorso con istituti di Paesi di *common law* assume anche un rilievo pratico. Quelle esperienze possono infatti contribuire in modo decisivo a chiarire determinati aspetti della disciplina europea di questi organismi giustiziali: si pensi al problema dei poteri sostitutivi e dei connessi limiti o a quello del reale significato della partecipazione di esperti al processo decisionale⁴². Allo stesso modo possono aiutare a comprenderne in profondità gli sviluppi normativi (come la recente riforma dello Statuto della Corte di giustizia).

In definitiva, la giustizia amministrativa europea, lungi dal poter essere rapportata a un singolo modello nazionale, rappresenta sempre più un (sotto)sistema misto, nel quale si fondono e trasformano dispositivi giuridici con origini diverse. Per questa ragione l'indagine comparatistica rappresenta un essenziale strumento di orientamento, che peraltro può concorrere a neutralizzare spinte egemoniche di determinati ordinamenti, favorendo la formazione di una sorta di "meticcio giuridico".

⁴⁰ Cfr. per tutti P. CRAIG, *EU Administrative Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford 2018, spec. cap. 13. Si veda anche Trib. UE, 20 settembre 2019, T-125/17, BASF Grenzach/ECHA, par. 87-89.

⁴¹ Cfr. in questi termini A. VON BOGDANDY, *Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum - Perspektiven einer Disziplin*, in A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV, cit., p. 14 ss.

⁴² Cfr. l'ampia analisi di P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, cit.; si veda anche il fondamentale studio di J. THIBAUT, L. WALKER, *A Theory of Procedure*, in 66 *Cal. Law Rev.*, 1978, p. 541 ss.

3. Metodo della scienza del diritto amministrativo e comparazione

Un secondo fattore che ha incentivato il ricorso alla comparazione consiste, come accennato, nella insoddisfazione, che si riscontra specie nei Paesi dell'Europa continentale, nei confronti del metodo tradizionale e nell'esigenza di arricchirne il sostrato attraverso un più serrato dialogo con altre scienze e, appunto, un più ampio ricorso alla comparazione. Ciò si è reso vieppiù necessario in considerazione delle profonde trasformazioni che hanno interessato le amministrazioni nazionali e la loro regolazione giuridica (ad esempio privatizzazione, economicizzazione, deregolazione, europeizzazione, internazionalizzazione). In Europa questa tendenza si è diffusa tra le dottrine nazionali con tempi, intensità e modi diversi e soprattutto con diversi livelli di formalizzazione teorica⁴³. Tre esempi sono di particolare interesse.

3.1. Aggiornamento del metodo del diritto amministrativo e comparazione: tre esempi

Per quanto riguarda l'Italia si possono citare i numerosi e influenti scritti di Sabino Cassese (a partire dai primi anni '70 del secolo scorso)⁴⁴ spesso accomunati da un pressante invito all'aggiornamento metodologico e soprattutto alla «apertura verso il realismo». Come noto, lo studioso ha sempre prestato grande attenzione al tema della comparazione (ed è stato molto attivo nel campo degli scambi internazionali), esercitando peraltro una notevolissima influenza sugli studiosi più giovani.

Si deve poi menzionare, con riferimento alla Germania, il cosiddetto «movimento di riforma del diritto amministrativo» (o «nuova scienza del diritto amministrativo») che ha di mira il rinnovamento del metodo giuridico/dogmatico in modo da poter meglio cogliere le trasformazioni di questo ramo del diritto (ivi comprese l'europeizzazione e la globalizzazione)⁴⁵,

⁴³ Per una rassegna, sia pure parziale, cfr. M. RUFFERT (a cura di), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, München 2007.

⁴⁴ A partire dal "manifesto" programmatico, rappresentato da *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna 1971; cfr. in tempi più recenti S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna 2014. Per un più ampio inquadramento, cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, spec. cap. 5.

⁴⁵ Per un inquadramento generale, si veda *Simposio: a proposito di «verwaltungsrechtliche Dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 1 ss. (con con-

anche per far fronte ai deficit di implementazione dei programmi normativi⁴⁶. In questo contesto si sostiene che la comparazione debba svolgere un nuovo, importante ruolo⁴⁷. Tuttavia, non vi è unità di vedute circa la sua effettiva portata. Ad esempio, alcuni autori ritengono che essa non possa essere considerata un metodo ordinario di interpretazione del diritto amministrativo (almeno in relazione alla «nuova scienza del diritto amministrativo»)⁴⁸.

Il tema della trasformazione ha addirittura portato a individuare un nuovo paradigma per il diritto amministrativo comparato. In particolare, si è proposto di utilizzare l'idea di "accountability network" in contrasto con la tradizionale idea di amministrazione pubblica di matrice weberiana (organizzata in senso gerarchico) e di farne oggetto di specifica comparazione⁴⁹.

In definitiva, si può riscontrare una stretta contiguità tra trasformazioni dell'amministrazione, adeguamento della scienza del diritto amministrativo e processo di "apprendimento comune"⁵⁰.

3.2. *La prospettiva della comparazione metodologica nella scienza del diritto amministrativo italiano*

Va tuttavia segnalato anche un altro un aspetto, forse più specifico, della questione. Si tratta in particolare di apprendere da altre esperienze nuovi metodi di indagine da applicare al diritto amministrativo. Il tema è di

tributi di L. De Lucia, D. de Pretis, F. Merusi, S. Cassese).

⁴⁶ A. VOSSKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., p. 8 ss.

⁴⁷ Ad es. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, p. 25 ss.

⁴⁸ C. MÖLLERS, *Methoden*, cit., p. 163. Si vedano però ad esempio: E. SCHMIDT-ASSMANN, *Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine vergleichende Untersuchung zum amerikanischen und deutschen Verwaltungsverfahren*, in *Arch. öff. Rechts*, 2017, p. 325 ss.; ID., *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, in *Zt. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht*, 2018, p. 807 ss.

⁴⁹ F. BIGNAMI, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, in 59 *Am. J. Comp. Law*, 2011, p. 859 ss.; si vedano anche M. RUFFERT, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in ID. (a cura di), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, cit., p. 1 ss., nonché G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 1 ss.

⁵⁰ Così E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., p. 26 ss.

particolare importanza per la realtà italiana. Come noto, dai dati disponibili risulta che l'amministrazione italiana è tra le meno efficienti rispetto a quelle dei Paesi comparabili. Questa situazione ha molte cause e, come noto, ha molto impegnato la dottrina, il governo e il legislatore. Ciò non di meno la comparazione potrebbe costituire un valido ausilio non tanto per importare da altri ordinamenti soluzioni a disfunzioni generali o puntuali⁵¹. Soprattutto, essa potrebbe guidare la dottrina verso un arricchimento del paradigma metodologico di riferimento nella direzione di un più pronunciato realismo giuridico.

Il dato di partenza è che mediamente (ci sono ovviamente numerosissime eccezioni) lo studioso del diritto amministrativo italiano, sotto l'influenza del metodo giuridico, tende ancora ad adottare un approccio orientato all'interpretazione normativa con attenzione prevalente alle decisioni del giudice amministrativo. Ciò quasi inevitabilmente determina, non solo una visione parziale dei fenomeni indagati (che finiscono per essere in prevalenza quelli sottoposti all'attenzione del giudice amministrativo), ma anche una conoscenza solo mediata (dalle pronunce giudiziarie) dell'amministrazione, che prescinde cioè dalle sue dinamiche effettive (ad esempio la «legge interna dell'amministrazione» brillantemente esaminata da Jerry Mashaw)⁵².

In effetti la medesima impostazione si può riscontrare nel legislatore che molto spesso, per tentare di risolvere specifiche debolezze dell'amministrazione, introduce nuove norme, generando situazioni di iper-regolazione⁵³. La soluzione però determina un evidente paradosso, perché finisce per offrire ai funzionari una sorta di "porto sicuro", inducendoli a comportarsi in modo sempre più formalistico senza avere riguardo ai risultati concreti che l'amministrazione deve perseguire⁵⁴.

Al contrario, studi che adottino un approccio più nettamente orientato alla prassi e alla realtà dell'amministrazione o che utilizzino strumenti teorici più articolati del solo metodo giuridico potrebbero essere utili da diversi

⁵¹ Ciò del resto è avvenuto ad esempio per la disciplina (introdotta nel 2015) del provvedimento amministrativo viziato per violazione di norme formali e procedurali, cfr. per tutti D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuggerè, Milano 2003.

⁵² J.L. MASHAW, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, New Haven, London 1983. Su questo aspetto, cfr. per tutti S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 14 ss.

⁵³ Cfr. per tutti R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini 2016.

⁵⁴ Cfr. sul punto l'interessante analisi di R.A. KAGAN, *The Organisation of Administrative Justice Systems: The Role of Political Mistrust*, in M. ADLER (a cura di), *Administrative Justice in Context*, Hart, Oxford, Portland, 2010, p. 179.

punti di vista, ad esempio a rendere la scienza del diritto amministrativo una vera scienza giuridica del governo (innanzitutto per guidare gli apparati esecutivi)⁵⁵. Le opzioni praticabili ovviamente sono molto numerose.

Ad esempio, in Italia mancano quasi del tutto ricerche del genere degli *empirical legal studies*, movimento metodologico molto articolato al suo interno e diffuso in vari Paesi di *common law*⁵⁶. Adottando questa impostazione, la dottrina del diritto amministrativo ben potrebbe, oltre che arricchire le possibilità di inquadramento e di comprensione dei problemi studiati, tra l'altro, fornire materiali e informazioni utili al legislatore affinché sia meglio in grado di individuare soluzioni più appropriate per determinati problemi. Per chiarire l'argomento si possono richiamare due questioni molto note.

La letteratura giuridica sulla conferenza dei servizi è molto estesa, così come molto intenso è stato lo sforzo del legislatore nella scrittura della relativa disciplina. Non si hanno però dati certi, ad esempio, sul numero di procedimenti che, negli ultimi anni, sono stati devoluti al Consiglio dei ministri in presenza di conflitti tra amministrazioni e ancor meno sulle specifiche tecniche, se effettivamente adottate, che il Dipartimento per il coordinamento amministrativo utilizza per cercare di comporre il dissenso tra le amministrazioni interessate. Ebbene, indagini (anche quantitative) su un determinato tipo di conferenza di servizi potrebbero aiutare a valutare la funzionalità della normativa vigente, così come l'adeguatezza delle prassi e delle condotte amministrative. Si tratta ovviamente di operazioni scientificamente molto complesse che richiedono un notevole rigore metodologico (specie per quanto riguarda la raccolta e l'interpretazione dei dati) per evitare fraintendimenti o manipolazioni delle informazioni⁵⁷. Ma – per tornare alla comparazione metodologica – le esperienze praticate in altri Paesi potrebbero certamente fungere da punto di riferimento.

La seconda questione riguarda la giustizia amministrativa che, a seguito delle più recenti riforme, è oramai tra le più avanzate d'Europa, essendo in grado di assicurare la tutela piena ed effettiva dei diritti e degli interessi

⁵⁵ Cfr. ad es. S. CASSESE, *New paths for administrative law: A manifesto*, in 10 *Int. J. Const. Law*, 2012, p. 603 ss.

⁵⁶ Sul che cfr. P. CANE, H.M. KRITZER (a cura di), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford 2010 e in particolare l'introduzione dei curatori. Per fare altri due esempi si vedano M. Partington (a cura di), *Administrative Justice in the 21st Century*, cit.; D. COWAN, S. HALLIDAY (a cura di), *The Appeal of Internal Review. Law, Administrative Justice and the (Non-) Emergence of Disputes*, Hart, Oxford, Portland 2003.

⁵⁷ Cfr. in generale C. MENKEL-MEADOW, *Uses and Abuses of Socio-legal Studies*, in N. CREUTZFELDT, M. MASON, K. MCCONNACHIE (a cura di), *Routledge Handbook on Socio-legal Theory and Methods*, Routledge, London, New York 2019.

legittimi dei privati. Ebbene, negli ultimi anni si è assistito a una significativa riduzione delle nuove cause in primo grado. In particolare, senza considerare il Tar del Lazio (che ha proprie competenze funzionali), i ricorsi iscritti nei ruoli dei Tar sono passati da 46.868 nel 2015 a 34.441 nel 2018; in sostanza in cinque anni si è avuta la contrazione di circa il 26,6% delle nuove cause. Il dato – che non è stato oggetto sino a oggi di analisi specifiche a livello scientifico e istituzionale – ovviamente può essere spiegato alla luce di diversi fattori. Resta però il fatto che il precetto costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale non può prescindere dal tema della «emersione delle dispute» con la pubblica amministrazione. Proprio per il suo collegamento con i principi costituzionali, l'argomento, come insegnano altre esperienze⁵⁸, dovrebbe essere adeguatamente studiato dalla dottrina e affrontato dal legislatore (eventualmente per individuare correttivi di carattere normativo). Andrebbero cioè accertate in modo accurato le ragioni (ad esempio di carattere economico) alla base di questa contrazione del contenzioso con le pubbliche amministrazioni.

Ovviamente si può anche ricorrere a strumenti di indagine diversi da quelli empirico-quantitativi. Ad esempio, in Italia si è assistito negli ultimi anni a una notevole estensione della legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo che in diverse ipotesi è stata riconosciuta, nell'interesse generale, a favore di singoli, associazioni e enti pubblici⁵⁹. La circostanza determina ovviamente una serie di problemi tecnici e costituzionali non secondari (vista la struttura individuale del diritto di azione stabilito nella Costituzione). Probabilmente questo fenomeno, che solo in parte minima è addebitabile al diritto dell'Unione europea, può essere esaminato – anche in questo caso prendendo a riferimento altre dottrine nazionali⁶⁰ – attraverso l'utilizzo di un arsenale concettuale più ampio di quello solo giuridico – ad esempio ricorrendo al concetto di sfiducia istituzionale e sociale nei confronti dell'amministrazione⁶¹ – che potrebbe portare a risultati interessanti. Ciò anche per quanto riguarda il

⁵⁸ Cfr. per tutti D. COWAN, S. HALLIDAY, *The Appeal of Internal Review: Law, Administrative Justice and the (Non-)Emergence of Disputes*, Hart, Oxford, Portland 2003 e ovviamente W. FELSTINER, R. ABEL, A. SARAT, *The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming...*, in 15 *Law Soc. Rev.*, 1981 p. 631 ss.

⁵⁹ Cfr. ad es. M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, Editoriale scientifica, Napoli 2019.

⁶⁰ Cfr. ad es. R.A. KAGAN, *La giustizia americana*, Il Mulino, Bologna 2001, spec. cap. 1-3.

⁶¹ Da questo punto di vista il concetto di controdemocrazia potrebbe essere di particolare utilità: cfr. P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Castelvecchi, Milano 2009; per un tentativo in questa direzione sia consentito rinviare a L. DE LUCIA, *Locus Standi and distrust of the public administration. A comparison of three models*, in 10 *Rev. Europ. Ad. Law*, 2017, p. 1 ss.

diverso livello di fiducia che circonda i diversi apparati esecutivi nazionali.

Ovviamente il discorso dell'adeguamento del metodo nello studio del diritto amministrativo italiano è molto complesso, se non altro perché intercetta immediatamente quello dell'identità tradizionale della materia e dunque interferisce con le dinamiche proprie della relativa comunità scientifica⁶². In argomento si può però osservare che, così come una profonda conoscenza delle altre esperienze nazionali ha consentito alla scienza giuridica italiana di fine '800 di concepire un metodo "scientifico" di impronta pandettistica - metodo non privo di forti cariche ideologiche e politiche legate al processo di *nation building*⁶³ –, allo stesso modo la comparazione potrebbe oggi agevolare il rinnovamento metodologico nella (opposta) direzione di un più pronunciato realismo giuridico, con ciò contribuendo anche a ridefinire il ruolo sociale dello studioso del diritto amministrativo.

In sostanza, lo studio di altre esperienze scientifiche potrebbe consentire di affiancare a quelli tradizionali (che ovviamente restano irrinunciabili) altri «essenziali livelli di riflessione»⁶⁴.

4. Conclusioni: l'assorbimento della comparazione nel diritto amministrativo

Queste brevi riflessioni riguardano la vicenda evolutiva e le prospettive del diritto amministrativo europeo ed italiano. Le profonde trasformazioni dell'amministrazione e del suo diritto impongono un ricorso massiccio alla comparazione (anche di tipo metodologico), che rappresenterà sempre più uno strumento essenziale per una ricerca scientifica di qualità.

Non si tratta del resto di una constatazione recente. A questo riguardo si possono ripetere le parole di Federico Cammeo: la comparazione è «il solo mezzo per raggiungere una conoscenza scientifica del diritto, intendendosi conoscenza scientifica di un fenomeno quella che ne determina le cause»⁶⁵.

Questa prospettiva però porta con sé il rischio che, se non praticato con attenzione e con perizia, il procedimento di raffronto non venga condotto

⁶² Cfr. in generale P. CANE, H.M. KRITZER, *introduction*, in IIDD. (a cura di), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, cit., spec. p. 3 ss.

⁶³ Cfr. ad es. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 20-28; nonché C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

⁶⁴ A. VOSSKUHLE, *Neue Verwaltungswissenschaft*, cit., p. 61.

⁶⁵ F. CAMMEO, *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa della Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 285.

in modo corretto (ad esempio nella scelta degli ordinamenti da prendere in considerazione)⁶⁶. La scienza del diritto comparato rappresenta perciò un importante riferimento per questa operazione di interiorizzazione, non solo per quanto riguarda il metodo, ma anche per quanto riguarda il più generale inquadramento degli ordinamenti e degli istituti giuridici.

A questo proposito alcuni cultori del diritto amministrativo hanno però formulato affermazioni ben più incisive. Ad esempio si è sostenuto che per comprendere i più recenti sviluppi del diritto amministrativo, è essenziale non solo la comparazione, ma addirittura una «visione cosmopolitica» del diritto: si tratta cioè di considerare «la più ampia immagine dei sistemi giuridici che comunicano tra loro, nonché la formazione, diffusione, e l'impatto di idee comuni e principi in diversi ordinamenti»⁶⁷. Altri sono giunti ad affermare che, a seguito della cosiddetta globalizzazione giuridica e della generalizzata tendenza alla convergenza tra gli ordinamenti, la comparazione (sia a macro che micro) subirebbe un significativo mutamento del paradigma classico e che, nel contesto europeo, «gran parte degli interessi comparatistici si sono trasfusi nel ceppo generale del diritto amministrativo»⁶⁸. In definitiva, queste affermazioni sembrano alludere al fatto che, quanto meno per il diritto amministrativo, la scienza del diritto comparato non avrebbe più senso.

Sebbene la prospettiva sia affascinante, sembra difficile che il progressivo avvicinamento tra gli ordinamenti nazionali (cui consegue anche la formazione di principi comuni)⁶⁹ potrà mai tradursi in una totale uniformazione né dal punto di vista normativo né da quello fattuale (delle prassi amministrative e delle risposte dei privati). Ciò è dimostrato in modo emblematico proprio dall'esperienza dell'armonizzazione del mercato comune europeo. In altri termini, queste trasformazioni istituzionali non fanno venir meno la necessità di conoscere i diritti degli altri Paesi. Al contrario, vista la maggior interdipendenza tra ordinamenti, questa necessità si avverte in modo ancor più pronunciato, con la conseguente necessità di tecniche di comparazione commisurate ai nuovi contesti.

Il tema probabilmente dovrebbe essere affrontato anche in una diversa prospettiva. All'unità del fenomeno giuridico e alla sua complessità

⁶⁶ Ovviamente vi è anche il rischio che la comparazione stessa finisca per essere un semplice orpello, potendosi tradurre in qualche riferimento di diritto straniero nell'ambito di una trattazione di un istituto di diritto nazionale.

⁶⁷ S. CASSESE, *New paths for administrative law*, cit., p. 612.

⁶⁸ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., spec. p. 1930; cfr., ma in termini diversi, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 13 ss.

⁶⁹ Ad es. B. MARCHETTI, *Searching for the fundamentals of administrative law*, cit., *passim*.

dovrebbe corrispondere un'organizzazione (anche istituzionale) della scienza giuridica diversa da quella attuale che sia in grado di confrontarsi in modo più adeguato con la realtà. Ma l'argomento dovrebbe costituire l'oggetto di ben altre riflessioni.

Giacinto della Cananea

*La comparazione dei diritti amministrativi
nello spazio giuridico europeo**

SOMMARIO: 1. Premessa problematica – 2. I limiti del «diritto amministrativo comparato» – 3. Oltre la dicotomia tra il modello francese e il modello inglese – 4. Ravvicinamento delle legislazioni e comparazione giuridica in Europa – 5. Rilevanza delle tradizioni costituzionali comuni e nazionali – 6. Lo spazio giuridico europeo – 7. Per una comparazione diacronica e sincronica – 8. Una ricerca in corso: divergenze nel quadro della convergenza – 9. Lingue e diritti.

1. *Premessa problematica*

Questo breve saggio, che ha ad oggetto i diritti amministrativi in Europa, ha tre finalità: alla critica dell'esistente segue una prospettiva costruttiva, completata da alcuni cenni su una ricerca in corso. Sono considerati in chiave critica, in ordine decrescente di generalità, tre difetti dell'approccio tuttora prevalente nello studio delle pubbliche amministrazioni e del diritto che le disciplina. Il primo è insito nell'approccio riassumibile nell'espressione "diritto amministrativo comparato". Il secondo difetto concerne il denominatore comune d'una buona parte degli studi meno recenti e di alcuni studi recenti, i quali si attardano nell'illustrare una contrapposizione, uno scontro, tra i principali sistemi amministrativi esistenti in Europa alla fine dell'Ottocento, ossia quello francese e quello inglese. Allo stesso modo, va sottoposta a un rigoroso vaglio critico l'idea che il divario allora esistente si stia riducendo e tenda, nel prevedibile futuro, a svanire per effetto delle norme emanate dall'Unione europea. In chiave costruttiva, viene sottolineata la necessità che lo studio comparato del diritto tenga nel debito conto sia i tratti comuni tra i vari ordinamenti giuridici, sia i tratti che li differenziano. Viene altresì ribadita – seguendo l'insegnamento di Gino Gorla - la necessità di combinare l'analisi storica con quella comparata. Poiché il nesso tra la

* Questo saggio è frutto della ricerca sul «nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa» (ERC *advanced grant* n. 699794).

comparazione diacronica e quella sincronica è stato ampiamente studiato, ne verranno considerate le principali implicazioni dall'angolo visuale d'una ricerca in corso sui diritti amministrativi in Europa. Rientrano in minor misura nell'oggetto di questo scritto altri tipi di nessi, in sé rilevanti, tra le istituzioni giuridiche e le culture e le lingue in cui esse si esprimono.

2. I limiti del “diritto amministrativo comparato”

Nella letteratura con finalità comparatistiche riguardante i principi e gli istituti del diritto pubblico si registrano tre tendenze: un rapido incremento, soprattutto dopo il 1989; la crescente consapevolezza dell'inadeguatezza dell'impostazione riassumibile nell'espressione “diritto amministrativo comparato”; la difficoltà nel passare dalla mera giustapposizione di più ordinamenti alla comparazione vera e propria.

Il crescente interesse per la comparazione nell'ambito del diritto pubblico si è manifestato, oltre che per il diritto amministrativo¹, nell'ambito del diritto costituzionale² e perfino in aree sovente – ma erroneamente – ritenute contrassegnate da peculiarità nazionali, sì da prestarsi ben poco ai raffronti tra ordinamenti, come il diritto tributario e il diritto ecclesiastico³. Tra i fattori che vi hanno contribuito, vi sono sia la più stretta integrazione all'interno dell'Europa unita, sia l'attuale, rapida e intensa, fase di globalizzazione.

Si è nel frattempo acquisita consapevolezza dei difetti insiti nell'impostazione riassumibile nella locuzione “diritto amministrativo comparato”. Essa è insoddisfacente, in sé, per il motivo da tempo segnalato

¹ S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia* (1989), ora in Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano 2010, p. 309; J. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 1260; F. BIGNAMI, *Comparative Administrative Law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 145.

² Per la rilevazione della discontinuità indotta dal «1989», B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Virginia L. Rev.*, 1997, p. 771. Sui vari metodi di analisi, M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, II ed., Elgar, Oxford 2018, p. 1; G. DE VERGOTTINI, *Comparazione e diritto costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2018.

³ C. GARBARINO, *An Evolutionary Approach to Comparative Taxation*, in 57 *Am. J. Comp. L.*, 2009, p. 677; A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano 2017.

dalla componente più avanzata della riflessione giuridica⁴. Tale locuzione non designa una branca della normazione positiva esistente all'interno di un ordinamento giuridico⁵. Anzi, l'indagine comparata del diritto presuppone l'esistenza di due o più ordinamenti giuridici⁶. Questa constatazione, mentre risolve una questione, ne apre un'altra, vale a dire se lo studio comparato del diritto possa esplicarsi proficuamente anche all'interno di una struttura di grado superiore, come una federazione o un'unione di Stati. È una questione intrigante, su cui si tornerà più avanti.

Nel frattempo, va segnalato un altro inconveniente. Esso si concretizza quando ci si limita alla compilazione e alla giustapposizione delle soluzioni fornite da due o più ordinamenti, senza procedere alla fase successiva, ossia alla comparazione propriamente detta. L'inconveniente, da tempo rilevato nell'ambito del diritto privato⁷, è presente anche nella letteratura riguardante il diritto pubblico, segnatamente negli studi di diritto amministrativo generale⁸ e speciale (per esempio, in rapporto alla responsabilità), come si è soliti dire nella cultura giuridica francese e in quella tedesca.

L'impostazione tradizionale presenta un ulteriore difetto. Si tratta di un punto debole sul piano metodologico, che emerge quando si confrontano allo stesso modo gli istituti di ordinamenti tra i quali i rapporti sono, storicamente e attualmente, tutt'altro che intensi, per esempio tra gli Stati Uniti d'America e l'Etiopia, e gli istituti e i principi di ordinamenti tra i quali vi sono consolidati e intensi rapporti, come l'Italia e la Francia. Tali rapporti, che risalgono all'influenza del diritto romano e alla circolazione degli istituti giuridici nel lungo periodo dello *ius commune*, hanno avuto importanti sviluppi nel corso dell'Ottocento, per via dell'influenza esercitata dalle istituzioni napoleoniche, come il Consiglio di Stato. Si sono consolidati, inoltre, per via dell'influenza esercitata dagli ordinamenti sovranazionali, che a partire dalla metà del secolo scorso contraddistinguono l'Europa ben più delle altre regioni del mondo. Con ciò, il discorso si sposta dall'ambito

⁴ R. POUND, *Comparative Law in Space and Time*, in 4 *Am. J. Comp. L.*, 1955, p. 70 faceva riferimento alla «science comparée du droit». In termini analoghi, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna 2019, p. 7.

⁵ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Les cours de droit, Paris 1956-57, p. 5.

⁶ O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2001, p. 275; G. BERMANN, *The discipline of comparative law in the United States*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1999, p. 1042.

⁷ R.B. SCHLESINGER, *Introduction: the Comparative Method – its Purpose and Promise*, in ID. et al., *Comparative Law: Cases, Texts, Materials*, V ed., Foundation Press, New York 1988, p. 1.

⁸ M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1981, p. VII (secondo cui «comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, ... with no particular end in view»).

più generale a quello “regionale”, all’Europa, secondo un orientamento che riscuote crescenti adesioni nella letteratura giuridica⁹.

3. Oltre la dicotomia tra il modello francese e il modello inglese

Nella letteratura giuridica attorno all’amministrazione pubblica e al diritto ad essa applicabile si sono affacciate, a distanza di un secolo, due tesi secondo cui questo ambito non si presta a uno studio comparato. Malgrado la concordanza delle conclusioni, le argomentazioni sono profondamente diverse. Secondo un primo filone di teoria, di cui il costituzionalista vittoriano Albert Venn Dicey è l’esponente più noto, in Inghilterra non vi era, né poteva esservi, nulla di simile al *droit administratif* francese¹⁰. Cento anni più tardi, e dopo alcuni decenni in cui i trattati su cui le Comunità europee e ora l’Unione si fondano hanno legittimato il ravvicinamento delle regole di diritto stabilite dagli Stati membri, si è – invece – evocato il rischio che ciò comporti una marginalizzazione della comparazione. Dunque, all’argomento secondo cui le differenze erano troppo ampie e profonde per permettere una vera e propria comparazione si è contrapposto l’argomento secondo cui le differenze erano così livellate da renderla poco proficua. Nessuna delle due tesi ha retto ad un’accurata disamina basata sulla realtà. Peraltro, entrambe sono utili ai fini d’una migliore comprensione sia dei dati normativi e fattuali, ossia dell’ordine degli eventi reali, sia dell’ordine delle rappresentazioni teoriche di tali eventi.

Esposta e richiamata quasi sempre in termini generali, la tesi di Dicey era in realtà basata sui giudizi di risultato parziale conseguiti in rapporto a due parti del *droit administratif*, il controllo giurisdizionale dell’attività amministrativa e la responsabilità dei funzionari pubblici. Sotto il primo profilo, Dicey sottolineò la profonda diversità tra il controllo svolto in Inghilterra dalle Corti ordinarie, indipendenti dal potere governativo, e il controllo esercitato in Francia da un giudice amministrativo incardinato all’interno del potere governativo, privo d’una netta distinzione funzionale tra l’amministrare e il giudicare. Sotto l’altro profilo, stigmatizzò la disciplina costituzionale che subordinava l’azione nei confronti dei funzionari pubblici a una previa autorizzazione, affermò che ciò dava luogo ad

⁹ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris 2006; J.P. SCHNEIDER (a cura di), *Verwaltungsrecht in Europa*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2007.

¹⁰ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1894), X ed., MacMillan, London 1961, p. 328 s.

un'immunità. Coniugando i due giudizi parziali, espresse il convincimento che il *droit administratif*, quale si era sviluppato in Francia e in altri Paesi dell'Europa continentale, si ispirava a una concezione dispotica del potere, in contrapposizione alla *Rule of law*¹¹.

In realtà, quella disciplina costituzionale della responsabilità pubblica, in vigore per larga parte dell'Ottocento, era stata abrogata tre lustri prima. Inoltre, caduto il Secondo impero, era venuta meno anche la *justice retenue*, come lo stesso Dicey riconobbe anni dopo, ammettendo che il regime giuridico francese aveva compiuto notevoli progressi, dall'angolo visuale della *Rule of law*. Infine, non bisogna dimenticare che la tesi di Dicey era esposta in un trattato di diritto costituzionale rivolto agli studenti, pur se, nel corso degli anni, e in assenza d'una costituzione scritta paragonabile a quelle esistenti oltremarina e oltreoceano, quel trattato finì per essere riguardato come una sorta di *summa* del diritto pubblico, malgrado l'evidente sovrapposizione tra la valenza prescrittiva e quella descrittiva. Si può ben dire, quindi, che le conclusioni raggiunte da Dicey erano fondate su «presupposti errati»¹² perché, lungi dal descrivere la realtà, Dicey ne ha fornito una rappresentazione falsata¹³, per via dell'adesione a una ben precisa corrente ideologica, ed erano quindi «anacronistiche» già allora¹⁴, tanto da non poter costituire un valido punto di riferimento per il diritto pubblico del suo tempo¹⁵. Ma bisogna anche dire che il pensiero di Dicey ha assecondato e favorito la formazione di un'altra *mentalité*, donde la persistente riluttanza di buona parte della cultura giuridica inglese ad accettare l'idea d'una convergenza, ancorché graduale e limitata, dei diritti amministrativi europei.

Diverso è il discorso per quanti hanno preso per buona la conclusione raggiunta da Dicey, senza sottoporla a un vaglio critico. Le conseguenze negative di un'impostazione retrograda e per di più fortemente permeata da una visione negativa dell'espansione della sfera pubblica si sono manifestate sia sul piano della ricostruzione degli istituti giuridici, sia sul piano sistematico e su quello più propriamente teorico. Sul piano ricostruttivo,

¹¹ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 331.

¹² H.W.R. WADE, *Administrative Law* (II ed., 1967), tr. it. a cura di C. Geraci, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 68; P. CRAIG, *Administrative Law*, V ed., Sweet & Maxwell, London 2005, p. 15.

¹³ N. LEWIS, I. HARDEN, *The Noble Lie*, Hutchinson, London 1986.

¹⁴ M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1981, p. 112.

¹⁵ P. LEYLAND, G. ANTONY, *Administrative Law*, VIII ed., Oxford University Press, Oxford 2016, p. 1.

l'erroneo convincimento che l'assoggettamento della responsabilità delle pubbliche amministrazioni e dei loro funzionari, cioè di due profili connessi ma distinti, al sindacato del giudice ordinario fosse l'unico modo per garantire l'eguaglianza di fronte alla legge, ha impedito di avvedersi dell'esistenza di ampie sacche d'irresponsabilità e, di converso, cogliere le analogie sostanziali tra i criteri e i parametri elaborati dal giudice amministrativo francese e quelli adottati dai giudici ordinari. Sul piano sistematico, non sono pochi coloro i quali hanno seguito ad analizzare la responsabilità pubblica dall'angolo visuale del contrasto tra due modelli irriducibilmente diversi¹⁶. Infine, sul piano della teoria generale del diritto, fino a pochi anni or sono, anche tra i più eminenti giuspubblicisti ha riscosso adesioni la tesi dell'esistenza, all'interno della civiltà occidentale, di due tipi di regimi giuridici dei pubblici poteri, a seconda che fossero contraddistinti dall'esistenza del diritto amministrativo o ne fossero privi¹⁷.

Va tenuto distinto da questa scuola di pensiero, che è fondata sull'erroneo convincimento d'una radicale alterità della disciplina giuridica delle pubbliche amministrazioni negli ordinamenti di ceppo inglese ma non sembra peraltro averne condiviso l'assunto ideologico di partenza, cioè l'adesione all'ideologia d'uno "Stato minimo", un altro filone di teoria. Esso prende le mosse dalla constatazione dell'esistenza di ben diverse mentalità, nell'ambito del diritto pubblico, ma le colloca in una prospettiva che può a buon titolo dirsi prescrittiva, pur se in un senso diverso rispetto a quella di Dicey. Se ne differenzia perché non riconduce l'alterità delle mentalità all'irriducibile diversità dei valori riconosciuti come fondamentali dai vari ordinamenti giuridici europei, bensì alla diversità dei modi d'interpretare quei valori e d'inverarli nella realtà di ciascun ordinamento giuridico, una diversità ritenuta legittima anche dalle norme degli ordinamenti di grado superiore, cioè l'Unione europea e il Consiglio d'Europa.

4. Ravvicinamento delle legislazioni e comparazione giuridica in Europa

Quanto appena osservato torna utile anche per un altro scopo, ossia per impostare correttamente l'esame critico della tesi secondo cui la diversità tra i diritti amministrativi nazionali non si stia soltanto riducendo, ma

¹⁶ L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007, p. 265.

¹⁷ J. RIVERO, *Droit administratif* (1960), Dalloz, Paris 200p. 15; R. DAVID, *Le droit anglais*, PUF, Paris 1965; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 1988, p. 15.

tenda, nel prevedibile futuro, a svanire per effetto dell'integrazione europea. Non è una preoccupazione manifestamente infondata, da *latecomers* della comparazione giuridica. Essa è stata prospettata da alcuni tra gli studiosi di Oxford che da più tempo si dedicano alla comparazione in questo ambito¹⁸. Al fondo, vi è la famosa profezia attribuita a Jaques Delors, presidente della Commissione nel penultimo decennio del XX secolo. Se – come venne affermato allora – nel giro di pochi anni l'80 per cento delle norme relative alla sfera sociale ed economica fosse destinato a essere emanato a Bruxelles, non solo si accentuerebbero i tratti comuni già esistenti in rapporto ai principi generali del diritto, ma le differenze tutt'altro che lievi che tuttora restano tra gli istituti applicativi subirebbero inevitabilmente una progressiva attenuazione.

Il risultato non muta in modo sostanziale se il centro propulsore delle norme di apice è costituito dalla giurisprudenza. La circostanza che le corti dell'Unione non si limitino a interpretare il diritto, ma concorrano a formarlo, può considerarsi ormai acquisita nell'ordine delle conoscenze giuridiche diffuse. Essa comporta un ravvicinamento dei diritti nazionali, maggiore di quanto sia dato constatare in alcuni ordinamenti federali. Fa sorgere il dubbio se il diritto dell'Unione sia, in potenza se non in atto, in grado di sostituire i diritti nazionali finanche negli ambiti, come il procedimento amministrativo, che risentono maggiormente delle diversità generate dal contesto istituzionale e culturale. Pure, vi sono altri elementi di segno opposto, i quali potrebbero dare luogo a un diverso giudizio di risultato complessivo: il metodo seguito proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio – da essa enunciato – del mutuo riconoscimento, il principio di sussidiarietà.

La Corte di giustizia ha recato un contributo decisivo all'evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo. Il Trattato di Roma le ha attribuito la facoltà di fare riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», al fine della giurisdizione sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità o dei suoi agenti (art. 288, ex 215, comma 2, TCE). La Corte se ne è avvalsa in via generale¹⁹. Nel novero dei principi di diritto pubblico che essa ha ritenuto comuni agli ordinamenti nazionali vi sono quelli di proporzionalità e tutela del legittimo affidamento. Ha attinto, inoltre, alla Cedu, annoverando tra i principi generali del diritto comunitario il diritto di proprietà e la tutela del domicilio, il rispetto della dignità umana e il diritto

¹⁸ M.P. CHITI, *Jean-Bernard Auby e il diritto comparato*, in G. DELLA CANANEA, J. ZILLER (a cura di), *Il nuovo diritto pubblico europeo*, Giappichelli, Torino 2018, p. 61.

¹⁹ J.V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, III ed., Ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Comunità europea, Bruxelles 1989, p. 93.

to ad un processo in tempi ragionevoli. Di questa opera, che non ha eguali in altri ordinamenti contemporanei, assumono rilievo sia i risultati, sia il metodo, che consiste nel fare riferimento ad altri ordinamenti per trarne la regola da applicare, in analogia con la tecnica – utilizzata dai giudici fino al Seicento – consistente nell'utilizzo della *lex alius loci*.

Anche il principio del mutuo riconoscimento è di derivazione giurisprudenziale. Esso comporta una deviazione dalla tecnica inizialmente utilizzata dalle istituzioni comunitarie per porre rimedio ai problemi derivanti dalla compresenza di gruppi, ordinati su base territoriale, con normazioni (diverse, se non) configgenti e dalla necessità di stabilire un corpo di principi e regole comuni agli operatori pubblici e privati all'interno del mercato unico. Una volta scartata, per ragioni politiche, l'ipotesi dell'emanazione di una disciplina uniforme, come quella italiana del 1865, e divenuti evidenti i limiti con cui si poteva procedere all'armonizzazione (art. 94, ex 100, TCE), le istituzioni europee hanno ispirato la propria azione al principio di equivalenza²⁰. Esso implica che ciascuno Stato membro debba consentire il commercio dei prodotti provenienti dagli altri, benché non risponda alle condizioni previste dalla propria legislazione. In altre parole, le regole dalle quali i prodotti sono disciplinati hanno efficacia nell'intera Unione europea, purché soddisfino taluni requisiti minimi stabiliti a livello europeo. Assurgono, così, al rango di regole comuni a tutti gli operatori, pubblici e privati. Di qui lo sviluppo degli arbitraggi tra norme, avallati dalla giurisprudenza, mediante i quali gli operatori scelgono i contesti normativi più favorevoli in rapporto agli interessi di cui sono portatori. È da aggiungere che il principio dell'equivalenza non vale soltanto per la normazione, bensì ha importanti conseguenze per l'attività amministrativa, laddove si applichi il “controllo del Paese d'origine”. Dunque, l'interazione tra le tradizioni giuridiche non è solo centripeta, bensì procede anche dal basso.

Se, dunque, torniamo al dato di partenza, ossia la compresenza di gruppi – in senso sociologico – con normazioni distinte, corrispondenti agli Stati che hanno scelto di unirsi, possiamo constatare l'emergere di un nuovo paradigma di regolazione giuridica, che non ha la pretesa di esclusività propria degli Stati²¹. Diversi, d'altronde, sono i presupposti istituzionali, come la sussidiarietà e la preservazione delle differenze. Sebbene nella giurisprudenza comunitaria non si sia ancora data una buona soluzione al

²⁰ J.H.H. WEILER, *Mutual Recognition, Functional Equivalence and Harmonization in the Evolution of the European Community and the WTO*, in F. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process*, Palgrave, London 2005, p. 25.

²¹ G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari 2003.

problema della giustiziabilità del principio di sussidiarietà, a livello politico questo principio ha fatto sì che, in molti casi, si siano adottate direttive, in luogo di regolamenti. Esse lasciano spazio a scelte diverse nazionali; in fatto, i Parlamenti nazionali nell'attuare le direttive non di rado esprimono scelte differenziate. Ciò corrisponde, d'altronde, a un fatto istituzionale di primaria importanza, la natura composita dell'ordinamento europeo²². In esso non convivono soltanto diversi gruppi (in senso sociologico), ma anche gli Stati che ne sono, per dir così, gli enti esponenziali. Essi restano, infatti, una componente fondamentale dei nuovi sistemi pubblici. Il panorama giuridico è quindi contraddistinto da unità e diversità, come si dirà meglio tra breve.

5. *Le tradizioni costituzionali comuni e nazionali*

Le osservazioni appena svolte in una prospettiva critica nei confronti degli inconvenienti e dalle limitazioni conoscitive che impediscono alla riflessione giuridica di esplicitare appieno le proprie potenzialità e di contribuire così alla migliore comprensione dei fenomeni in atto vanno adesso volte in una prospettiva costruttiva. Essa può essere sviluppata su due versanti: la specificità che lo spazio giuridico europeo presenta, la necessità di coniugare la comparazione diacronica con quella sincronica (come si dirà al par. 6).

Malgrado la rilevanza che all'integrazione tra i diritti amministrativi degli Stati fondatori è stata attribuita da un precursore, Jean Rivero, fin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (1952)²³, pochi giuristi – come Feliciano Benvenuti – vi hanno dedicato attenzione. Una ripresa degli studi a vocazione comparatistica si è avuta solo dopo il 1992. Nel novero delle trattazioni di più ampio respiro, vi sono le opere di Marco D'Alberti e di Michel Fromont pubblicate nell'ultimo decennio

²² Sottolineare che si tratta di un fatto, beninteso rilevante per il diritto, comporta almeno due conseguenze: gli atti (trattati) i quali vi fanno riferimento hanno valore dichiarativo; esso non è, semplicemente, frutto di un'autolimitazione dell'ordinamento composito, che – appunto – non è un ordinamento di grado superiore, come quelli federali, ma un ordinamento di tipo nuovo.

²³ J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, in *Annuaire français de droit international*, 1958, p. 295.

del secolo scorso²⁴. La prima, un'opera generale sul "diritto amministrativo comparato", è incentrata sui diritti amministrativi dei Paesi occidentali, ne esamina i due modelli tradizionalmente contrapposti, ossia quello francese e quello inglese, cui si aggiungono il sistema amministrativo italiano e quello degli USA. Anche quella di Fromont è un'opera generale, ma è incentrata sui diritti amministrativi degli Stati membri dell'UE. In essa si spiega molto bene perché la comparazione fosse importante anche all'epoca del nazionalismo giuridico e lo sia ancor più nel periodo attuale. Comparare, secondo Fromont, è utile per finalità di ordine pratico e teorico. La comparazione consente di conoscere i diritti nazionali, di capirne i punti di forza e quelli di debolezza. Fornisce una base scientificamente soddisfacente ai miglioramenti delle legislazioni nazionali, delle procedure amministrative, dei processi che si svolgono davanti alle corti che si occupano dell'amministrazione e del suo diritto, a prescindere dal fatto che esse si configurino – a seconda dei casi – come corti comuni, specializzate o speciali. Lo studioso francese sostiene, inoltre, che la comparazione serve anche ad elaborare una teoria generale del diritto, tanto più nell'epoca della mondializzazione. La diversità rispetto all'opera di D'Alberti è, quindi, minore di quanto sembri a prima vista.

Per quanto autorevolmente sostenuta, l'idea che, come si compara in ambito globale, così lo si possa e debba fare in ambito europeo è discutibile per almeno due ragioni. La prima è stata segnalata dall'indirizzo storiografico che individua una delle ragioni del successo dell'integrazione realizzata all'interno delle Comunità e in seguito nell'Unione nell'esistenza del patrimonio giuridico comune costruito sulle fondamenta della tradizione romanistica, della sua rielaborazione medievale²⁵. La seconda ragione discende dalla compresenza, all'interno dell'ordinamento composito dell'UE, di tradizioni costituzionali comuni e nazionali. Ciò richiede una disamina più distesa e articolata.

Alle tradizioni costituzionali comuni la Corte di giustizia fece riferimento per la prima volta nel 1970, su rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo tedesco. Quest'ultimo aveva ipotizzato la violazione delle garanzie previste dall'ordinamento tedesco, tra cui il controllo sulla proporzionalità delle misure restrittive di diritti. La Corte esclude che il controllo sulla legalità degli atti delle istituzioni comunitarie potesse essere fondato su questo o quel diritto nazionale. Tuttavia, affermò che tali

²⁴ W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt* (1999), tr. it. *Storia del potere politico in Europa*, Il Mulino, Bologna 2000.

²⁵ M. HESPANHA, *Panorama storico da cultura jurídica europea* (1999), tr. it. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna 1999.

tradizioni comuni fanno parte dei principi di cui essa è tenuta a garantire l'osservanza²⁶. A tale orientamento si attennero costantemente nelle pronunce successive. Un ulteriore impulso provenne più tardi dal Trattato istitutivo dell'Unione, che all'art. F (ora art. 6 TUE) effettuò un rinvio alle «tradizioni costituzionali comuni», attribuendo loro lo status di principi generali del diritto dell'Unione.

Recependo le istanze di alcuni governi nazionali, il Trattato richiese altresì all'Unione di salvaguardare l'identità nazionale degli Stati. Questa locuzione era ed è d'incerto significato. Può prestarsi ad una ricostruzione che enfatizza la peculiarità di ogni Stato, delle sue regole. Non sorprenda l'uso del singolare: ricostruzione, Stato. Ciò che accomuna tali contributi è una sopravvalutazione della specificità del diritto, ricondotto – come nel vecchio paradigma di Savigny – unicamente al *Volksgeist*. Alcuni di tali contributi sono altresì accomunati dall'intento di eludere i vincoli che discendono dall'appartenenza all'UE, come il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, o quanto meno di affermare che spetta unicamente alle Corti costituzionali nazionali delinearne le implicazioni. Vi è, in ciò, paradossalmente, un aspetto positivo d'ordine pratico. Una volta che il percorso argomentativo è chiarito, ci si rende conto più agevolmente che, oltre a muovere da un presupposto discutibile (conta soltanto il *Volksgeist*), giunge a conseguenze inaccettabili per qualunque giurista consapevole del ruolo spettante alla Corte di giustizia nell'interpretazione dei trattati.

Di qui la ricostruzione alternativa qui prospettata, secondo cui il riferimento all'identità nazionale va interpretato insieme a un'ulteriore norma dei trattati, che garantisce la diversità dei diritti e delle tradizioni giuridiche nazionali all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁷, e alla norma della Carta dei diritti fondamentali che enuncia il dovere di preservare la diversità culturale all'interno dell'Unione europea (art. 23). La soluzione che pare preferibile sul piano sistematico è che tutte queste regole assumano un preciso significato alla luce del fine ultimo delle Comunità e ora dell'UE, cioè la realizzazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei²⁸. L'unicità del fine concordato e la sua natura dinamica, non statica, sono d'impedimento a qualsivoglia teoria che consideri come dati immutabili i diritti amministrativi nazionali, tali e quali essi si configuravano

²⁶ Corte di giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, par. 4, su cui v. P. HUBER, *Recht der Europäischen Integration*, Vahlen, München 2002, p. 150; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 25.

²⁷ Articolo 4 (1) TUE; articolo 68 TFUE.

²⁸ Preambolo del Trattato di Roma.

al momento dell'entrata in vigore dei trattati o dell'adesione in un momento successivo. Al tempo stesso, il riconoscimento della pluralità dei gruppi sociali, cioè dei popoli, ribadito dal riferimento effettuato alla loro identità, legittima la diversità delle regole. Ciò conferma che le norme dell'UE non impediscono il fenomeno correntemente detto della concorrenza tra i regolatori. Esso si realizza, per esempio, qualora le imprese scelgano di farsi autorizzare un nuovo farmaco a Praga o a Budapest, anziché a Roma o Parigi, perché il primo procedimento comporta costi minori o è più spedito. Sebbene ciò induca taluno a chiedersi se ne derivi un ulteriore fattore di crisi dello Stato, sembra corretto dire che l'esistenza di una pluralità di regolatori all'interno di un ordinamento composito accentua la rilevanza dei «dislivelli di statualità»²⁹. Purtuttavia, deve trattarsi d'una diversità "sostenibile", che si espliciti nel rispetto dei valori su cui l'Unione si fonda, segnatamente dei diritti fondamentali che si configurano come tradizioni costituzionali comuni³⁰ e quali risultano dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza applicativa, cui la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rinvia³¹.

La conseguenza che discende dall'analisi è chiara. Poiché ciò che contraddistingue lo spazio giuridico europeo è la compresenza di tratti comuni e distintivi, gli approcci che enfatizzano soltanto gli uni o gli altri sono insoddisfacenti sul piano descrittivo e normativo. Essi non forniscono una descrizione completa della realtà. Né colgono quanto vi è di nuovo e di originale nelle norme di grado superiore su cui lo spazio giuridico europeo si fonda. Rispecchiano, quindi, un'impostazione superata, rilevante – al più – in chiave di storia delle idee o delle ideologie dei giuristi.

6. *Per una comparazione diacronica e sincronica*

Per completare la prospettiva costruttiva appena delineata, la comparazione dev'essere dinamica, non statica, in modo da cogliere il senso e il significato dell'evoluzione (o involuzione) degli istituti giuridici. Ciò richiede di coniugare – secondo l'insegnamento di Gino Gorla – la storia e la comparazione o, secondo una diversa terminologia, la comparazione

²⁹ S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Donzelli, Roma 1995.

³⁰ Preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

³¹ Articolo 52 (3) della Carta dei diritti fondamentali. Nel senso del testo, S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 939.

diacronica e quella sincronica³².

L'indagine storica attorno alle istituzioni è preziosa in sé, perché getta luce su vicende la cui dimensione innovativa in passato non è stata colta o valorizzata e su percorsi che troppo spesso si assumono essere linearmente collegati con lo stato attuale delle cose, mentre non è così. Basti pensare alla discontinuità che ha contraddistinto l'indirizzo politico legislativo – una vera e propria scelta al livello della costituzione intesa in senso materiale – in materia di tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri in Italia (nel 1865 e nel 1889) e in Belgio (nel 1831 e nel 1948).

L'indagine storica è, inoltre, potenzialmente fruttuosa per i collegamenti con l'analisi comparata. Entrambe inducono a relativizzare lo stato attuale delle cose in un determinato ordinamento giuridico, a considerarlo non come un "dato" ineluttabile, ma da interpretare e valutare. Sviluppando questa linea di ragionamento, si può agevolmente constatare che uno specifico modo di considerare la tutela giurisdizionale dei cittadini e delle altre figure giuridiche soggettive ha coesistito e coesiste con altri, non può quindi essere riguardato in modo astratto. Si può altresì constatare che un certo modo di considerare l'amministrazione, intesa come attività o funzione, come tale non incompatibile con il contraddittorio e anzi, in virtù del principio democratico, necessariamente aperta a forme di partecipazione del pubblico, inizialmente emerso in Austria con la codificazione del procedimento amministrativo del 1925, si è diffuso, soprattutto dopo il 1989, in tutta (o quasi) l'Europa.

Le indagini comparate recenti si sono orientate verso tale interpretazione con crescente consapevolezza. Hanno sottolineato non soltanto l'emergere e il consolidarsi d'una tendenza comune nella legislazione o nei regolamenti governativi, ma anche la presenza di alcune costanti, come il diritto all'audizione degli interessati e l'obbligo di motivare le decisioni aventi sfavorevoli effetti nei confronti di alcuni. Hanno messo in luce i tentativi, simili nel fine pur se diversi quanto ai mezzi adoperati, di superare gli ostacoli che impediscono l'acquisizione dell'opinione dei consociati sulle scelte suscettibili d'influire sugli interessi collettivi e diffusi.

³² G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981; S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, vol. I, Giuffrè, Milano 1994, p. 760.

7. Lo spazio giuridico europeo

Sempre in rapporto alla comparazione di tipo sincronico, l'ambito dell'indagine può essere variamente determinato. Lo si può determinare, anzitutto, tenendo conto dell'Europa astretta dal vincolo dell'integrazione più stretta, cioè dal *telos* dell'unione sempre più stretta stabilito dal Trattato di Roma e ribadito dai trattati successivi, da ultimo dal Trattato di Lisbona³³.

Lo si può determinare, inoltre, facendo riferimento all'Europa più ampia, dall'Atlantico agli Urali, che condivide la preminenza del diritto, affinché la democrazia possa essere realizzata e i diritti fondamentali – sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950) – siano protetti a vantaggio di ogni persona, secondo il principio incluso da Kant tra quelli posti alla base della costituzione volta ad assicurare una pace perpetua³⁴.

Si colloca in una posizione non intermedia tra i due ambiti appena indicati, ma più prossima al primo, lo spazio giuridico europeo³⁵ instaurato dal Trattato di Oporto (1991) e dagli altri trattati – per esempio, quelli tra l'UE e la Svizzera – in virtù dei quali le norme dell'UE si applicano anche all'interno degli ordinamenti degli Stati che non ne fanno parte, come la Norvegia e la Svizzera. Potrà versare in una situazione analoga il Regno Unito, se e quando verranno stipulati accordi di questo tipo.

Presenta altresì un preciso rilievo, ai fini che qui interessano, la disgiunzione tra normazione e amministrazione, nel senso che vi sono ulteriori ordinamenti che partecipano allo svolgimento di attività amministrative volte alla cura d'interessi comuni, come la protezione dell'ambiente³⁶. La collaborazione nello svolgimento di tali attività rende particolarmente

³³ Il preambolo del TUE ribadisce («decisi a portare avanti») l'obiettivo di «un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa», in cui le decisioni siano prese in base al principio di sussidiarietà.

³⁴ I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), tr. it. *Per una pace perpetua*, Feltrinelli, Milano 1991, cui si richiamano A. STONE SWEET, C. RYAN, *A Cosmopolitan Legal Order: Kant, Constitutional Justice, and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018.

³⁵ Per questo concetto, M.P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb, Bologna 2000, p. 321; A. VON BOGDANDY, *National Legal Scholarship in the European Legal Area – A Manifesto*, in 10 *Int. J. Const. Law*, 2012, p. 614. Sottolinea, invece, le interazioni tra i vari ordinamenti R. BIEBER, *On the mutual completing of Overlapping Legal Orders*, in 13 *Europ. L. Rev.*, 1988, p. 14.

³⁶ Sullo «spazio amministrativo europeo», M.P. CHITI, A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna 2012; E. CHEVALIER, *L'espace administratif européen*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, II ed., Bruylant, Bruxelles 2014, p. 451.

interessante e importante l'analisi delle forme di organizzazione e di azione dei pubblici poteri, anche per sottoporre a ulteriori verifiche la tesi che il coinvolgimento nell'amministrazione indiretta dell'UE accentua la convergenza tra gli ordinamenti giuridici coinvolti³⁷.

8. Una ricerca in corso: divergenze nel quadro della convergenza

La prospettiva costruttiva appena delineata è stata approfondita nel corso d'una recente ricerca comparata sul nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Può essere di qualche utilità dedicarvi alcuni richiami essenziali³⁸. Diversamente dalle analisi recenti rivolte alla definizione di un corpo organico di precetti giuridici, l'obiettivo principale della ricerca sul nucleo comune dei diritti amministrativi è l'avanzamento delle conoscenze. Diversamente dalla tradizione consolidata nel campo del diritto amministrativo, essa è incentrata sui procedimenti, anziché sul controllo giurisdizionale dell'amministrazione. Essa si prefigge l'obiettivo di verificare se i diritti amministrativi in Europa presentino, oltre a numerose e rilevanti differenze, alcuni tratti comuni, che fungano da elementi connettivi, al di là delle generiche idealità o dei valori su cui è stato raggiunto un consenso nelle sedi istituzionali.

Per individuare tali tratti comuni e distintivi, alla comparazione di tipo sincronico si affianca la comparazione di tipo diacronico. La prima ha ad oggetto le principali forme di esercizio delle funzioni e delle potestà amministrative da parte dei pubblici poteri, nonché delle altre figure giuridiche soggettive a ciò abilitate dall'ordinamento giuridico di riferimento, tanto nei confronti di specifici individui o di persone giuridiche, quanto mediante atti generali, piani e programmi. Per esse, viene utilizzato il metodo "fattuale" già sperimentato con successo – sulla scia dell'insegnamento di Schlesinger – nell'ambito del «common core of European private law»: si sono messi a punto questionari composti da casi ipotetici e si è chiesto agli esperti dei vari diritti nazionali di

³⁷ R.J. WIDDERSHOVEN, *Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?*, in 7 *Rev. Eur. Adm. L.*, 2014, p. 5.

³⁸ G. DELLA CANANEA, M. BUSSANI, *The Common Core of European Administrative Laws: A Framework for Analysis*, in 26 *Maastricht J. Europ. Comp. L.*, 2019, p. 217; G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale scientifica, Napoli 2019. I risultati dell'intera ricerca, tuttora in corso, sono pubblicati in un'apposita collana per i tipi dell'Oxford University Press.

fornire le risposte plausibili, d'illustrarne le ragioni, di fare riferimento ai "formanti" di cui i giuristi si servono. Nella comparazione diacronica, si è ritenuto utile effettuare dei "sondaggi", in rapporto ad alcuni momenti che paiono particolarmente significativi nell'evoluzione della disciplina del procedimento. Si tratta, da un lato, dell'elaborazione giurisprudenziale dei canoni di condotta dell'azione amministrativa nel ventennio a cavallo tra Otto e Novecento; dall'altro lato, dell'influenza esercitata dalla prima grande codificazione, quella austriaca del 1925, sulle legislazioni dei Paesi che in precedenza facevano parte dell'impero asburgico e sulle legislazioni di altri Paesi europei.

Le prime due linee di ricerca completate, sulla giustizia amministrativa nella *Belle époque* e sulla responsabilità delle pubbliche amministrazioni, hanno confermato l'esistenza di numerose e rilevanti differenze, indotte non soltanto dalla storia e dalla cultura, ma anche dalle preferenze politiche che si sono imposte all'interno dei vari ordinamenti giuridici. Al tempo stesso, le ricerche condotte hanno confermato l'ipotesi di lavoro relativa all'esistenza d'una serie di tratti comuni e connettivi, che rendono non ingiustificato il riferimento al concetto di "nucleo comune". Se considerato in una prospettiva dinamica, tale nucleo comune mostra un'evoluzione nel corso del tempo. Nell'Ottocento e per buona parte del Novecento, la presenza di tratti comuni è riconducibile, secondo un primo filone di pensiero, semplicemente alla "natura delle cose", mentre un'altra famiglia di spiegazioni fa leva sul prestigio e sull'imitazione dei modelli ritenuti di successo. Seguendo questa linea di pensiero, determinati principi e istituti si sarebbero, per "diffusione", consolidati seguendo un modello "superiore", che solitamente viene rinvenuto nel diritto amministrativo francese, ma che, per la responsabilità pubblica, in realtà è rinvenibile nell'esperienza giuridica austriaca e tedesca, relativamente al resto dell'Europa continentale. Essi possono quindi essere considerati altrettanti prototipi, più che archetipi. Un terzo filone di pensiero sottolinea la portata del mutamento indotto dall'adesione agli ordinamenti sovranazionali. Pur rifuggendo dall'ingenua aspettativa d'una convergenza che, presto o tardi, finisca per coinvolgere tutte le forme dell'azione amministrativa e dei rimedi esperibili nei confronti di esse, i principi stabiliti dagli ordinamenti internazionali e i controlli in funzione di osservanza svolti dalle rispettive Corti accentuano gli elementi comuni tra gli ordinamenti europei, senza delegittimare ogni differenza, che va peraltro giustificata e contenuta entro una misura tale non porre a rischio i valori comuni³⁹.

³⁹ B. STIRN, *Vers un droit public européen*, Montchrestien, Paris 2012.

9. *Lingue e diritti*

Una volta considerati l'oggetto e le tecniche della comparazione giuridica, resta da valutare la lingua in cui svolgere le ricerche ed esporre i risultati. Riscuote crescenti adesioni l'idea che, per intensificare la comunicazione tra gli studiosi dei vari Paesi europei, convenga adottare una lingua comune, la quale non può che essere l'inglese, in ragione della sua diffusione. Proprio il recente fiorire di studi riguardanti i principi del diritto amministrativo comunitario e quelli "comuni" agli ordinamenti dei Paesi che fanno parte dell'Unione, tuttavia, dimostra la persistenza delle culture giuridiche nazionali. Anche a prescindere dai britannici, i quali tengono conto – al più – di pochi contributi della dottrina francese, nella maggior parte degli studi pubblicati nelle altre lingue si fa riferimento per lo più ai contributi della cultura nazionale (se non a quella "regionale"). Ciò costituisce un'ulteriore riprova, se ve ne fosse bisogno, del persistere di diversità culturali. Da più parti si osserva che il diritto si esprime sempre in una lingua e questa lingua presenta variabili talora rimarchevoli, le quali non si prestano sempre e comunque a essere trasposte in un altro idioma, anche perché sono indotte da strutture cognitive ben distinte. È un'osservazione condivisibile, che per di più trova riscontro nell'esperienza concreta degli incontri di studio organizzati periodicamente, da più di un trentennio, tra gli studiosi italiani e quelli spagnoli e tedeschi. Essi dimostrano che lo sviluppo della comparazione giuridica può coesistere con la pluralità delle lingue. Purtuttavia, l'uso dell'inglese è indispensabile, non solo per la sua diffusione, ma anche per il fatto che è la principale lingua di lavoro dei nuovi poteri pubblici regionali e globali. D'altronde, anche in altre epoche in Europa vi sono state lingue dominanti (il latino, il francese), che hanno convissuto con le altre.

Giulio Napolitano

*Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato:
acerrimi nemici o migliori amici?*

SOMMARIO: 1. Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato: distinti ma rivali – 2. L'ascesa del diritto amministrativo europeo – 3. Imperialismo del diritto amministrativo europeo? – 4. Limiti dell'armonizzazione giuridica nel diritto amministrativo europeo – 5. Le trasformazioni del diritto amministrativo comparato – 6. Diritto amministrativo comparato e diritto amministrativo europeo: verso la riconciliazione? – 7. Il diritto amministrativo comparato oltre i confini europei.

1. *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato:
distinti ma rivali*

A volte confusi, anche nei programmi di ricerca e nei corsi di insegnamento, il diritto amministrativo europeo e il diritto amministrativo comparato sono intrinsecamente diversi. Il diritto amministrativo europeo, tradizionalmente inteso come parte fondamentale del diritto dell'Unione europea (con principi di disciplina anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo), è un diritto vivente e vincolante. Il diritto amministrativo comparato, invece, è un approccio metodologico allo studio del diritto amministrativo in diversi ordinamenti.

Nonostante questa distinzione concettuale, il diritto amministrativo europeo e il diritto amministrativo comparato si sono improvvisamente scontrati, dando origine a una feroce, anche se per lo più implicita, forma di competizione intellettuale. È, d'altra parte, un dato di fatto che la rapida ascesa del diritto amministrativo europeo negli anni '80 e '90 dello scorso secolo abbia ulteriormente ritardato lo sviluppo del diritto amministrativo comparato. Già vittima del nazionalismo giuridico e dello statalismo, il diritto amministrativo comparato è così diventato succube anche dei processi di europeizzazione (e globalizzazione) del diritto.

2. *L'ascesa del diritto amministrativo europeo*

Negli ultimi due decenni del ventesimo secolo e all'inizio del ventunesimo secolo, il processo di integrazione europea ha conosciuto una notevole accelerazione. La Comunità (economica) europea è stata trasformata in Unione europea e sono stati adottati alcuni simboli propri di uno Stato federale. Il numero di Stati membri è notevolmente cresciuto con l'adesione dei Paesi dell'Europa orientale.

Il mercato interno europeo è diventato più ampio e profondamente integrato. Ciò ha richiesto un enorme aumento degli interventi legislativi volti al ravvicinamento delle norme nazionali che regolano beni, servizi e capitali. La legislazione dell'UE ha profondamente trasformato la regolamentazione di alcune delle aree più importanti tradizionalmente regolate dalle norme di diritto amministrativo nazionale, compresi gli appalti pubblici, i servizi a rete, i mercati bancari e finanziari. L'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione europea si è sempre più esteso, travolgendo le tradizionali barriere nazionali come i monopoli pubblici e le attività formalmente burocratiche.

Dopo il trattato di Maastricht, l'Unione europea ha acquisito nuove competenze in altri settori fondamentali non di mercato, quali la tutela dell'ambiente, dei consumatori e della salute. Ed è stato definito un quadro giuridico specifico e articolato per l'adozione della moneta unica. Ciò ha incluso l'istituzione di una nuova autorità indipendente, la Banca centrale europea. Una delle aree più sensibili della sovranità nazionale, la valuta con la sua istituzione di riferimento (la banca centrale), è stata così attratta nel dominio europeo. È stata inoltre adottata una Carta dei diritti fondamentali nei confronti delle istituzioni dell'Unione, compreso il diritto a una buona amministrazione.

Tutti questi sviluppi hanno rappresentato strumenti potenti e spesso vincolanti di avvicinamento dei sistemi di diritto amministrativo interno, attraverso l'armonizzazione giuridica e il mutuo riconoscimento. Sono state istituite nuove agenzie europee composte da rappresentanti delle amministrazioni nazionali. Le amministrazioni nazionali sono state inserite e integrate in comitati e altri organi che si riuniscono su base regolare. I principi, le norme e gli standard europei hanno iniziato ad essere applicati direttamente nei rapporti tra autorità pubbliche e soggetti privati. Allo stesso tempo, tali principi e regole hanno trasformato diverse aree, sia sostanziali che procedurali, dei sistemi di diritto amministrativo interno.

Una volta stabilita una regola di diritto superiore, quando ormai le

differenze non erano più così enormi da impedire una comprensione comune di istituzioni giuridiche sempre più simili, si è aperta una straordinaria finestra di opportunità per il diritto amministrativo comparato. La maggior parte degli studiosi, tuttavia, ha preferito concentrare la propria attenzione sui fenomeni che si verificavano a livello sovranazionale, esplorando nuove aree di ricerca giuridica nell'ambito del diritto amministrativo europeo (e in seguito anche nell'ambito del diritto amministrativo globale), piuttosto che sul diritto amministrativo comparato. In pochi anni, infatti, il campo del diritto amministrativo europeo è diventato molto attraente.

La prima esposizione organica della materia è stata offerta da uno studioso tedesco, Jürgen Schwarze, che ha pubblicato nel 1988 la prima edizione del suo libro sul «diritto amministrativo europeo»¹. L'idea fondamentale alla base di questo nuovo campo di indagine era che il processo di integrazione europea fosse stato costruito attorno a una comunità di diritto amministrativo. In termini politologici, la legittimità del processo di integrazione europea derivava fondamentalmente dai risultati positivi che esso garantiva, quali l'erogazione efficiente di beni e servizi immateriali, come la pace, l'integrazione del mercato e il benessere dei consumatori. Da un punto di vista giuridico, d'altra parte, i principi e le norme del diritto amministrativo erano intesi come perfettamente sufficienti a garantire il rispetto dello stato di diritto e la responsabilità delle istituzioni dell'Unione, tramite strumenti come la consultazione, la trasparenza, il ricorso e il controllo giurisdizionale. Sfidando la tradizionale affermazione secondo cui l'Unione europea soffre di un "deficit di democraticità", gli studiosi hanno sostenuto che il diritto dell'Unione ha creato invece un "surplus democratico", rafforzando la democrazia amministrativa a livello sovranazionale e nazionale.

Anche quando la centralità del diritto amministrativo europeo è stata apparentemente erosa dalla rilevanza acquisita dal diritto costituzionale e dai diritti fondamentali, la letteratura sull'argomento ha continuato a crescere, sia con riguardo a temi generali, sia con riferimento a settori specifici. È così nata una vera e propria scienza del diritto amministrativo europeo. Gli studiosi hanno anche cercato di influenzare il processo legislativo, auspicando l'adozione di un regolamento generale sul procedimento amministrativo europeo.

¹ J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden 1988.

3. Imperialismo del diritto amministrativo europeo?

Anche se nata solo di recente, la scienza del diritto amministrativo europeo ha presto avuto molto successo, ampliandosi notevolmente il numero e la qualità di ricerche e pubblicazioni in questo ambito. La profezia implicita di molti contributi era che il diritto amministrativo comparato fosse ormai destinato a scomparire di fronte all'armonizzazione giuridica sovranazionale: in ogni caso, un campo di studio fuori moda, puramente speculativo, molto meno allettante del vincolante (e quotidianamente controverso) diritto dell'Unione europea.

Dal punto di vista del diritto europeo, d'altra parte, le piccole differenze ancora esistenti tra i sistemi nazionali di diritto amministrativo andavano trascurate, anche perché considerate meramente transitorie. Le differenze più gravi, invece, avrebbero dovuto essere considerate come un fallimento nell'integrazione normativa, da affrontare attraverso adeguate misure regolamentari e, se necessario, da sanzionare con specifiche procedure di infrazione.

In questo contesto, si è così sviluppata una sorta di "imperialismo" del diritto amministrativo europeo. L'attenzione degli studiosi, così come dei pratici, si è dunque concentrata soprattutto sulla relazione verticale, dall'alto verso il basso, tra il (superiore) diritto amministrativo europeo e i sistemi (inevitabilmente inferiori) di diritto amministrativo nazionale. Le relazioni dal basso verso l'alto, dai sistemi di diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo europeo, ad esempio nella formazione di norme armonizzate, sono state invece trascurate o almeno in gran parte sottovalutate per lasciar spazio all'idea di un diritto amministrativo europeo originario o comunque neutro, perché non derivante né influenzato da alcuno Stato membro. Anche lo spazio per il confronto orizzontale e per le relazioni giuridiche tra i sistemi di diritto amministrativo nazionale si è notevolmente ridotto. Persino le questioni transnazionali riguardanti due o più Stati membri confinanti sono state per lo più regolate sulla base del diritto dell'Unione europea piuttosto che da accordi e regole bi- o multilaterali.

La letteratura scientifica e i rapporti ufficiali delle istituzioni europee hanno dunque offerto un'analisi dettagliata della normativa europea in molti settori (dagli appalti pubblici alla regolamentazione dei servizi a rete, dal controllo dei mercati finanziari alla protezione ambientale, tanto per fare alcuni esempi), così illuminando i più diversi angoli di quello che gli studiosi tedeschi chiamerebbero diritto amministrativo speciale. In alcuni casi, le indagini sul diritto dell'Unione sono state abbinate a rapporti nazionali per ciascuno Stato membro (o almeno per quelli più importanti). Le relazioni

per Paese di solito descrivono il diverso punto di partenza storico di ogni disciplina nazionale e il modo in cui la legislazione europea è recepita. La maggior parte delle volte, tuttavia, manca ogni forma di comparazione giuridica. Ciascun autore di solito limita il proprio contributo all'analisi della tradizione giuridica e della normativa vigente nel proprio Paese, senza alcun riferimento a quelli vicini. I curatori, a loro volta, spesso svolgono il ruolo di semplici selezionatori e collettori dei singoli contributi, limitandosi a svolgere alcune brevi osservazioni comparative nell'introduzione o nelle conclusioni.

Queste trasformazioni hanno prodotto anche un cambiamento radicale nella formazione delle nuove generazioni di studiosi del diritto amministrativo. Chi era interessato a un approccio non puramente domestico è stato inevitabilmente attratto nel fertile campo di un corpus giuridico esistente e vincolante come il diritto amministrativo europeo, rifuggendo così i freddi (e talora polverosi) laboratori dello studio puramente scientifico del diritto amministrativo comparato. Questo spostamento di attenzione non è stato privo di costi, perché nella maggior parte dei casi ha trasformato la mentalità dei giovani studiosi, che hanno spesso preferito dedicare i loro sforzi al commento della giurisprudenza della Corte di giustizia europea piuttosto che alle complesse questioni teoriche e culturali sollevate dal diritto amministrativo comparato.

4. Limiti dell'armonizzazione giuridica nel diritto amministrativo europeo

La premessa politica alla base dell'imperialismo del diritto amministrativo europeo, tuttavia, si è rivelata fragile. Il processo di solenne costituzionalizzazione dell'Unione europea è fallito nel 2005. Le crisi finanziaria e del debito sovrano hanno eroso la fiducia in una ricchezza sempre crescente per tutti i cittadini europei e nelle capacità salvifiche della moneta unica. Le preoccupazioni sulla sostenibilità dei debiti pubblici e le politiche di austerità conseguentemente adottate hanno minato le basi dei sistemi nazionali di welfare. Il flusso umano dei migranti dall'Africa e dal Medio Oriente, aumentato notevolmente dal 2015, ha messo in discussione la buona gestione delle frontiere europee e il significato della solidarietà europea. In questo contesto, la soddisfazione e la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni e delle politiche dell'Unione sono diminuite drasticamente. Nel 2016, per la prima volta, uno Stato membro ha deciso di lasciare l'Unione. Anche se frammentati all'interno e

indeboliti esternamente, i governi nazionali hanno così cercato di occupare nuovamente il centro della scena politica e di riprendere un ruolo rilevante nelle relazioni internazionali. Nuovi movimenti politici che affermano la loro volontà di ripristinare la sovranità nazionale e di mettere per primi gli interessi dei cittadini nazionali hanno ottenuto rilevanti successi elettorali e guadagnato talora posizioni di maggioranza nel parlamento e nell'esecutivo di alcuni Stati membri.

In questo mutevole scenario, il Trattato di Lisbona è riuscito a definire per la prima volta un quadro generale che disciplina lo spazio amministrativo europeo. Rimangono tuttavia importanti lacune. Ad esempio, nessuna disposizione è stata dedicata a istituzioni sempre più importanti, come agenzie europee e autorità indipendenti. Vi sono inoltre molti vuoti nella regolamentazione giuridica del funzionamento quotidiano dell'amministrazione europea. Ad esempio, non esiste ancora una regolamentazione generale dei procedimenti amministrativi dell'Unione, una pietra miliare del diritto amministrativo nazionale in molti Stati membri. In questo contesto, l'impatto delle norme dell'Unione sui sistemi di diritto amministrativo nazionale crea un mosaico frammentato, piuttosto che un disegno uniforme. Persino il grado più intenso di armonizzazione giuridica, raggiunto nella regolamentazione del mercato interno, spinge verso una convergenza sempre crescente, ma non è in grado di generare una vera omogeneità. Negli ambiti propri del diritto amministrativo generale, come l'organizzazione burocratica, il procedimento amministrativo e le garanzie, non esiste una disciplina organica dell'Unione. Di conseguenza, tradizioni giuridiche e scelte politiche portano all'adozione di modelli normativi che variano da uno Stato membro all'altro. Ad esempio, i tre codici sul procedimento amministrativo adottati nel 2015 in Paesi vicini come la Francia, la Spagna e il Portogallo rivelano l'esistenza di visioni e progetti diversi. Solo alcune disposizioni di tali codici sono direttamente influenzate dalla legislazione europea di settore. Ulteriori elementi di convergenza, ovviamente, esistono. Ma sono il risultato di invenzioni parallele e imitazioni adattive, che lasciano spazio a una grande eterogeneità; non la doverosa attuazione di norme comuni europee.

In molti settori del cosiddetto diritto amministrativo speciale, invece, la regolamentazione europea è intensa, ma anche le direttive più dettagliate, come nel caso degli appalti pubblici e della protezione ambientale, consentono pur sempre scelte diverse da parte degli Stati membri. Anche quando gli Stati membri traducono semplicemente nella propria lingua le norme europee o adottano la stessa opzione regolamentare o istituzionale,

l'attuazione e i risultati conseguiti rimangono significativamente diversi. Questi problemi non possono essere semplicemente affrontati con l'apertura di procedure di infrazione. Per ottenere un'efficace integrazione sono necessarie attente valutazioni d'impatto e una continua messa a punto delle normative. Questo scenario mutevole spiega perché gli studiosi che hanno iniziato con entusiasmo i loro viaggi europei a Bruxelles o in Lussemburgo sono dovuti tornare a guardare agli ordinamenti nazionali per avere una comprensione più realistica dei risultati e dei limiti dell'armonizzazione normativa e del ruolo persistente dei governi.

5. *Le trasformazioni del diritto amministrativo comparato*

Tutto ciò rende evidente che lo spazio per il diritto amministrativo comparato è ancora molto ampio e dovrebbe essere ulteriormente esteso, all'interno e al di fuori dell'Europa.

Un evento rilevante si è verificato nel 2009, quando la Yale Law School ha ospitato un convegno con partecipanti provenienti da tutto il mondo² (un secondo, ancora più ampio, ha fatto seguito nel 2016). Subito dopo sono stati attivati un network di studiosi e un blog, con lo scopo di facilitare lo scambio di idee e la circolazione di documenti e pubblicazioni³. L'iniziativa, oltre a ripristinare e rilanciare la tradizionale etichetta del "diritto amministrativo comparato", ne ha ampliato significativamente lo spettro, includendo nell'analisi anche l'esperienza di molti ordinamenti al di fuori del mondo occidentale. Ha focalizzato l'attenzione su istituzioni, regole e problemi, piuttosto che su singoli ordinamenti nazionali dedicando un capitolo a ciascuno. Ha aperto la strada all'uso e alla combinazione di diversi metodi e approcci accettando la sfida proveniente dal diritto amministrativo europeo (e globale) ed estendendo il confronto a ordinamenti sovranazionali e fenomeni transnazionali.

Un altro importante contributo è derivato dall'istituzione nel 2014 di una nuova associazione internazionale di studiosi, la *International Society of Public Law*. La *Society* organizza ogni anno una conferenza, coinvolgendo studiosi di diritto pubblico con ogni tipo di specializzazione e formazione culturale. Sono state inoltre istituite specifiche sezioni nazionali. Una

² Cfr. S. ROSE-ACKERTMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Elgar, Cheltenham UK 2010.

³ *Comparative administrative law blog*: <https://campuspress.yale.edu/compadlaw>.

delle caratteristiche distintive della *Society* è la combinazione tra approcci internazionali, transnazionali, regionali e comparati nel trattare questioni chiave come la democrazia, i diritti fondamentali, la sicurezza e le frontiere, i tribunali e il controllo giurisdizionale.

Nell'area europea, uno sforzo più organico e completo di conciliare la legislazione dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti umani con le tradizioni e gli sviluppi del diritto pubblico nazionale attraverso un ampio uso della comparazione giuridica è iniziato nel 2006, quando un gruppo di studiosi europei ha promosso un ambizioso progetto volto a individuare radici e sviluppi comuni dello *ius publicum europaeum*. Questo approccio ha respinto l'idea dominante secondo cui il diritto pubblico europeo deve ritenersi fondato esclusivamente sul diritto dell'Unione o sulla CEDU. Al contrario, il diritto pubblico europeo include il diritto pubblico interno. Anzi, i diversi ordinamenti giuridici nazionali sono il luogo della maggior parte delle operazioni legislative e della più intensa elaborazione della scienza giuridica. L'avvento del diritto dell'Unione (nonché del diritto CEDU), di conseguenza, non pone fine alla comparazione giuridica. Al contrario, è necessaria una comparazione sempre maggiore, in tutti i campi del diritto pubblico, compreso il diritto amministrativo. L'analisi comparata e i metodi, ovviamente, devono essere coerentemente rinnovati e aggiornati. Nel contesto europeo, infatti, gli altri ordinamenti giuridici nazionali non sono semplicemente "la legge di altri popoli". È un dato di fatto ormai che gli ordinamenti nello spazio europeo hanno formato una vera unione giuridica. Più in generale, la comparazione in Europa può contare su una volontà politica e su istituzioni unitarie che sono assenti a livello globale.

Seguendo percorsi diversi, gli studiosi del diritto amministrativo comparato hanno quindi iniziato ad abbandonare l'approccio puramente orizzontale basato sull'esistenza di presunte forti differenze tra i singoli Paesi, per tenere conto anche delle relazioni verticali che collegano le istituzioni regionali e le giurisdizioni nazionali, in entrambe le direzioni (dall'alto verso il basso e dal basso verso il basso). Di conseguenza, il transnazionalismo giuridico è entrato nella scena della comparazione anche in relazione al diritto amministrativo, con diversi significati e prospettive. Ha favorito un approccio che trascende gli Stati e le leggi nazionali, incluso il diritto europeo (e il diritto internazionale). Ha fatto luce su diverse fonti e dimensioni del diritto, che hanno una base informale e sono il risultato di varie forme di cooperazione tra governi, organizzazioni internazionali, entità miste o ibride, organismi privati. Se si supera sia l'approccio basato sui singoli Stati nazionali sia quello fondato sull'esistenza di "famiglie giuridiche", diviene

necessario individuare nuovi metodi. Solo un approccio transnazionale o “oltre i confini” al diritto amministrativo comparato, che combina la tradizionale prospettiva orizzontale con quella verticale e persino diagonale, può consentire una migliore comprensione di uno scenario in così rapida evoluzione.

6. Diritto amministrativo comparato e diritto amministrativo europeo: verso la riconciliazione?

La rivalità implicita tra diritto amministrativo europeo e comparato può quindi trasformarsi in amicizia reciproca.

In particolare, il diritto amministrativo comparato può diventare uno strumento sempre più utile al diritto amministrativo europeo nello studio del se e come sia possibile raggiungere l'armonizzazione normativa e il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri. In tal senso, i membri del Parlamento dell'Unione e di quelli nazionali, i funzionari pubblici e i governi si consultano con i loro pari quando si accingono ad esercitare i loro poteri regolatori. Nella progettazione giuridica delle norme dell'UE, inoltre, le varie tradizioni ed esperienze nazionali possono essere molto influenti. In effetti, così è spesso accaduto nella pratica: la normativa europea in materia di appalti pubblici, ad esempio, è in larga misura una combinazione del diritto britannico, francese e tedesco.

L'Unione europea potrebbe tuttavia utilizzare il diritto amministrativo comparato in termini ancora più espliciti. Ad oggi, l'adozione di regolamenti e direttive UE è soggetta alla valutazione dell'impatto della regolazione e ad eventuale revisione. Ciò, tuttavia, avviene principalmente al fine di spiegare la necessità di una regolamentazione a livello unionale e/o di giustificare l'approccio regolamentare scelto, anche se in termini puramente astratti. Un uso più esplicito ed esteso del diritto amministrativo comparato potrebbe essere utile anche a dimostrare quali siano i modelli regolamentari di maggior successo negli Stati membri e in che misura e a quali condizioni essi potrebbero essere estesi in tutta l'Unione. Il diritto amministrativo comparato può anche servire a garantire una più effettiva integrazione a livello europeo, in quanto potrebbe fornire una migliore comprensione e spiegazione dei diversi risultati applicativi delle norme comuni. Ciò potrebbe persino portare a progetti normativi “su misura”, basati su accordi contrattuali tra le istituzioni dell'Unione e i singoli Stati membri, che mirino

al ravvicinamento degli effetti pratici piuttosto che delle regole astratte.

Il diritto amministrativo comparato è anche molto utile per l'applicazione e l'interpretazione delle norme comuni europee. È un dato di fatto che i conflitti e le controversie derivanti dall'interpretazione delle norme armonizzate e reciprocamente riconosciute richiedano anche il ricorso alla comparazione giuridica per poter essere risolti. A livello internazionale, questa idea è esplicitata nell'articolo 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia. La disposizione afferma che la Corte applicherà «i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili» e riconosce che «la cultura giuridica dei giudici e persino degli avvocati che difendono le parti può essere decisiva nell'orientare la sentenza finale e, più in generale, nel determinare le principali tendenze dell'interpretazione giudiziaria». Non esiste una norma analoga nello statuto della Corte di giustizia europea. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte (nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo) in un gran numero di casi l'interpretazione delle norme è orientata dalla comparazione giuridica e dal dialogo tra le varie giurisdizioni. La diffusione, dal contesto nazionale in tutta Europa, del test di proporzionalità al fine di valutare la liceità delle limitazioni alle libertà fondamentali e la legalità dell'azione amministrativa, fornisce un chiaro esempio di ciò. La cooperazione giudiziaria attraverso la comparazione giuridica e il dialogo è ulteriormente consolidata dalla prassi diffusa tra i Tribunali amministrativi supremi e le Corti costituzionali di dar vita a network istituzionalizzati per scambiare punti di vista e condividere esperienze diverse. Tutto ciò agevola ulteriormente l'imitazione e la convergenza.

Allo stesso tempo, il diritto europeo offre alla comparazione giuridica un campo di operatività molto più sicuro. L'esistenza di un quadro giuridico fondato su valori comuni e leggi superiori, come i trattati dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, consente al diritto amministrativo comparato di operare su uno sfondo più omogeneo rispetto a qualsiasi altra parte del mondo. L'articolo 2 del Trattato sull'Unione stabilisce chiaramente che essa si fonda su «i valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze». Questi valori sono «comuni agli Stati membri», in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini. L'esistenza di istituzioni legislative, amministrative e giudiziarie comuni per l'elaborazione delle regole, l'attuazione delle politiche e l'applicazione della legge rafforza il ruolo che nella pratica svolge la comparazione giuridica.

L'uso dell'argomento comparatistico nel discorso politico è persino più facile, anche se a volte puramente strumentale. Un esempio recente viene dall'Ungheria. Il governo ungherese ha proposto di istituire una nuova corte suprema per affrontare le controversie tra autorità pubbliche e cittadini, trasferendo tali controversie dalla giurisdizione della Curia alla nuova corte, composta da giudici provenienti direttamente dal pubblico impiego. I più critici temono così che i nuovi giudici possano difettare dei fondamentali requisiti di indipendenza. Per difendere la riforma, il Ministero della Giustizia ha sostenuto che un giudice speciale per le controversie con le pubbliche amministrazioni esiste ed opera efficacemente in diversi Paesi dell'Unione, tra cui Repubblica Ceca, Austria e Germania (e ovviamente Francia e Italia, anche se di essi non è stata fatta menzione). Di conseguenza, non ci sarebbe motivo per cui non dovrebbe funzionare bene anche in Ungheria.

Le istituzioni dell'Unione, tuttavia, sono state opportunamente chiamate a valutare se ciò integri una violazione del principio dello stato di diritto protetto dall'articolo 2 del Trattato dell'Unione e ad avviare una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 7. Proprio la comparazione giuridica potrebbe fornire strumenti utili per guardare oltre la superficie. I tribunali amministrativi non sono tutti uguali. In molti Paesi, i tribunali amministrativi esistono da molto tempo, coerentemente con una tradizione giuridica consolidata. La situazione è però radicalmente diversa nei casi in cui i tribunali amministrativi vengono improvvisamente istituiti, con l'effetto di sottrarre ai giudici ordinari i casi più delicati. Un altro elemento rilevante riguarda la formazione, l'istruzione e lo status dei giudici. Di solito è molto difficile per i giudici amministrativi di nuova nomina, specialmente se provengono dal pubblico impiego, godere dello stesso livello di educazione giuridica e indipendenza istituzionale dei giudici che siedono in tribunali ordinari o amministrativi consolidati.

7. Il diritto amministrativo comparato oltre i confini europei

Se è vero, dunque, che diritto amministrativo europeo e comparato possono finalmente diventare amici, è anche necessario però che gli studiosi non limitino le loro indagini comparatistiche all'interno dei confini dell'Unione. Negli ultimi trent'anni, la maggior parte degli sforzi di tipo comparatistico è stata dedicata allo studio dei sistemi di diritto amministrativo dei vari Stati membri dell'Unione. La debolezza concettuale

dell'approccio Paese per Paese è già stata evidenziata. Un altro limite di questo approccio è stata proprio la scarsissima attenzione rivolta ai sistemi giuridici al di fuori dell'Unione. La comparazione con gli Stati Uniti è rimasta intensa, ma ha spesso cambiato termine di riferimento. L'attenzione si è spostata dai singoli Paesi europei, come Regno Unito, Francia e Germania, che hanno legami storici con gli Stati Uniti, all'Unione europea in quanto tale. Ciò vale in particolare per la parte più moderna e aperta della scienza giuridica statunitense, che ha finalmente trovato, con l'istituzione dell'Unione, un termine di paragone dimensionalmente comparabile agli Stati Uniti, che dunque meritava un'attenzione speciale anche per la peculiarità della sua ingegneria giuridico-istituzionale.

Gli studiosi europei di diritto amministrativo comparato, al contrario, hanno prestato scarsa attenzione ai sistemi giuridici amministrativi non occidentali, nonostante l'influenza storica esercitata da Paesi come Francia, Germania, Spagna, Portogallo, Italia e Regno Unito sull'istituzione e sullo sviluppo di alcuni sistemi amministrativi soprattutto in America Latina, nel Nord Africa, nell'Africa sub sahariana e nell'Asia orientale. Ciò costituisce una debolezza rilevante degli studi giuridici comparatistici europei che dovrebbe essere superata non solo per motivi storici e culturali, ma anche per motivi pratici. Infatti, la crescita economica e l'innovazione tecnologica stanno spingendo le nuove potenze e i Paesi emergenti in prima linea nel reinventare politiche e strutture pubbliche. I governi europei potrebbero trarre ispirazione proprie da queste esperienze nei loro sforzi per dar vita a nuove riforme amministrative.

Anche la comparazione giuridica tra il sistema amministrativo e regolamentare dell'Unione e altre esperienze regionali di cooperazione economica e istituzionale dovrebbe essere incrementata. Le Comunità economiche europee hanno indubbiamente rappresentato una fonte di ispirazione per l'istituzione e lo sviluppo del MERCOSUR in America latina e dell'ASEAN nel Sud-Est asiatico, anche se ognuna di queste esperienze ha rivendicato il suo modo peculiare di instaurare una cooperazione a livello economico e sociale, senza però mai raggiungere lo stesso livello di formalizzazione giuridico-istituzionale raggiunto in Europa. Allo stesso tempo, l'influenza europea è gradualmente diminuita di pari passo con la riduzione del suo potere politico ed economico e con la crescente contestazione nei confronti delle sue istituzioni, che ha compromesso l'immagine dell'Unione come modello di successo. Gli studiosi europei potrebbero allora fornire un contributo rilevante al ripristino dell'influenza globale della tradizione giuridica europea, dedicando maggiore attenzione

ad altre forme di cooperazione regionale e sottolineando i risultati più alti raggiunti dal sistema normativo europeo. Infine, ulteriori sviluppi nella comparazione giuridica potrebbero essere stimolati dagli accordi commerciali e di investimento firmati dall'Unione europea con il Canada e il Giappone, che danno sostanza a nuove forme di cooperazione regolatoria macroregionale, il cui funzionamento concreto richiederà il contributo del diritto amministrativo comparato su una scala ancora più ampia.

DIRITTO COMMERCIALE

Vincenzo Cariello

*In cammino verso la comparazione nel e per il diritto societario
(a favore di un'ermeneutica della comparazione)*

SOMMARIO: 1. Un inizio heideggeriano: rimettersi in cammino verso la comparazione di/tra diritti societari nazionali – 2. Il cammino a ritroso: retrospettiva su giuscommercialisti italiani e comparazione. Il contributo essenziale della *Rivista del diritto commerciale* – 3. Contro la comparazione come «mera istanza logica» e per l'intreccio ermeneutico tra comparazione e interpretazione: Tullio Ascarelli e la comparazione come “risposta a una domanda ermeneutica” (per una rilettura gadameriana della comparazione in funzione interpretativa teorizzata e praticata da Ascarelli) – 4. Prospettive di un rinnovato “cammino gadameriano” della giuscommercialistica italiana verso la comparazione: per una ermeneutica della comparazione (la comparazione come «attuazione di un progetto ermeneutico») – 5. Una (provvisoria) chiusura heideggeriana: sulla «imboccatura della strada» verso la comparazione.

1. *Un inizio heideggeriano: rimettersi in cammino verso la comparazione di/tra diritti societari nazionali*

Unterwegs zur Sprache è il titolo di una raccolta di saggi, estremamente potenti e raffinati, di Martin Heidegger¹. L'espressione «in cammino verso» –

¹ M. HEIDEGGER, *Unterwegs zur Sprache*, V. Klostermann, Frankfurt M. 1985. Una recente, apprezzabile edizione critica è quella di ID., *Unterwegs zur Sprache (1950-1959)*, II ed. a cura di W. v. Hermann, V. Klostermann, Frankfurt M. 2018. Capisaldi del pensiero heideggeriano sul linguaggio, ovviamente (anche se non solo), in ID., *Sein und Zeit*, VII ed., M. Niemeyer, Tübingen 1953, pp. 160 ss.; ID., *Logik als die Frage nahe dem Wesen der Sprache*, V. Klostermann, Frankfurt M. 1998 (ma fondamentale anche già ID., *Holzwege*, Klostermann, Frankfurt M. 1950); le elaborazioni heideggeriane sul linguaggio sono oggetto delle acutissime riflessioni di J. DERRIDA, *Heidegger. La questione dell'Essere e la Storia. Corso dell'ENS-ULM 1964-1965*, trad.it. a cura di R. Frauenfelder, Jaka Book, Milano 2019, pp. 76 ss. e 107 ss.; ed. orig. ID., *Heidegger: la question de l'Être et l'Histoire*, Éditions Gallilée, Paris 2013; v. pure, con approccio dinamico e trasversale, H. HALÁSZ, *Differenzen des Spachdenkens: Jakobson, Luhmann, Humboldt, Gadamer und Heidegger*, [transcript] Lettre, Bielefeld 2017. L'intera opera di Heidegger è rappresentabile come un cammino: e v. H.-G. GADAMER, *Heideggers Wege. Studien zum Spätwerk*, Mohr, Tübingen 1983. Nella civilistica italiana, menzione del nevralgico saggio heideggeriano sul linguaggio in M. BARCELONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in

esordisce Heidegger nell'ultimo dei sei saggi della raccolta² – suona come se l'entità verso la quale si cammina «fosse lontano da noi, in qualche luogo, per raggiungere il quale dovremmo metterci in cammino»³. Invero, quello che si

Riv. cr. dir. priv., 2005, p. 207 ss. Appropriata attenzione anche in O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità. La formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in *Quad. fiorentini*, 2011, p. 869 ss., spec. p. 961 (e a p. 937, nota 137, riferimento alla nota lezione di Heidegger e Gadamer sul linguaggio come vettore della tradizione). Non particolarmente indagata risulta la pur accentuata sensibilità comparatistica di Heidegger: per una delle eccezioni riscontrabili nel panorama europeo, cfr. I. STRAMIGNONI, *Le regard de la comparaison: Nietzsche, Heidegger, Derrida*, in P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolumment*, PUF, Paris 2009, p. 167 ss. (spec. p. 168: «avec Heidegger, la question du fond de la comparaison se pose donc dans tout ce qu'elle a de fracassant et de déracinant pour la subjectivité occidentale»). L'attenzione che si deve prestare ai linguaggi dell'interpretazione normativa e, in generale, al linguaggio come «mezzo dell'esperienza ermeneutica» – «Medium der hermeneutischen Erfahrung», cfr. H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, II ed., Mohr, Tübingen 1965, p. 361 anche normativa, poiché «l'interpretazione [anche normativa] si compie nel linguaggio» (*ivi*, p. 350) e «il linguaggio è il mezzo universale in cui si attua la comprensione [anche normativa] stessa» e «il modo di attuarsi della comprensione è l'interpretazione [anche normativa]: *ivi*, p. 366 (v. anche dopo); e, d'altronde, già F.D.E. Schleiermacher, citato *ivi*, p. 361, sentenza che «nell'ermeneutica c'è un solo presupposto il linguaggio» («alles Vorauszusetzende in der Hermeneutik ist nur Sprache»), mi sollecita a rievocare la pregnanza della comparazione transnazionale nella conoscenza delle lingue e dei linguaggi. E, a tal fine, mi sembra basti menzionare W. v. HUMBOLDT, *Sulla natura del linguaggio in generale* (1806), in *Id.*, *Scritti sul linguaggio (1795-1827)*, trad.it. a cura di A. Carrano, Guida Editori, Napoli 1989, p. 61; *Id.*, *Introduzione allo studio generale del linguaggio (1810-1811)*, *ivi*, p. 74; *Id.*, *Saggio sulle lingue del nuovo continente* (1812), *ivi*, p. 86 ss. (spec. pp. 86, 88, 91 ss., 97, 114); *Id.*, *Sullo studio comparato delle lingue in relazione alle diverse epoche dello sviluppo linguistico* (1820), *ivi*, p. 117 ss. (spec. pp. 117 e 122; e sull'attenzione, tra la nostra migliore dottrina comparatistica, alla linguistica di von Humboldt, v. già M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto di conoscenza. Dogmatica e diritto comparato*, in *Id.*, *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Giuffrè, Milano 1972, p. 16 s.; e, prima, si veda il parallelo con la scienza del linguaggio e la grammatica comparati posto da E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, I, *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, V. Giard-E. Brière, Paris 1903, p. 15); F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, trad.it. a cura di M. Marassi Bompiani, Milano 2015, p. 111 (risalente a *Der Erste Entwurf* dell'Ermeneutica di Halle del 1805); nonché, per una comparazione tra la *science du droit comparé* e la *science des langues comparées*, M. TRADE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1900, p. 529 ss. (e la relativa citazione in E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 15, nt. 1).

² M. HEIDEGGER, *Der Weg zur Sprache* (1959), in *Id.*, *Unterwegs*, cit., p. 229 ss.

³ *Ivi*, p. 229, il quale, peraltro, si interroga su come sia possibile rivolgere una domanda al linguaggio, se il nostro rapporto con esso sia confuso ovvero comunque indeterminato (e traslando: come è possibile rivolgere una domanda alla comparazione di/tra diritti e con il diritto dell'Unione europea se il nostro rapporto con essa è confuso o, in ogni caso, indeterminato?); e su come sia possibile formulare una domanda sull'essenza del linguaggio se addirittura risulta controverso che cosa significhi "essenza" (e ancora mutuando e adattando: come è possibile

evoca e s'invoca è la necessità (a prescindere da dove si trovi l'entità verso la quale ci si dirige) di *avvicinamento* alla comprensione e alla conoscenza⁴ – e, quindi, parlerei già di cammino (parzialmente⁵) ermeneutico⁶ – dell'entità, che di certo, nel principiare il cammino, non è completamente raggiunta, nel senso di posseduta (ma che in realtà, nemmeno lo sarà al cosiddetto termine del cammino⁷).

formulare una domanda sull'essenza della comparazione di/tra diritti e con il diritto dell'Unione europea se addirittura è controverso che cosa significhi “essenza”?). Ma – come altrove afferma lo Scienziato dei colloqui heideggeriani su un sentiero di campagna (M. HEIDEGGER, *Feldweg-Gespräche (1944-1945)*, II ed., V. Klostermann, Frankfurt M. 2007) «vicinanza e lontananza sono ... qualcosa di enigmatico». Il “problema” del “cammino verso” il linguaggio s'interseca con quello del “cominciamento” dell'analisi filologica e interpretativa dei testi: su quest'ultimo, v., per limitarmi alla nostra letteratura, D. PELINI, *L'analogia in Heidegger. Per una reinterpretazione di Sein und Zeit*, Stamen, Roma 2011, p. 5 ss.

⁴ In un senso non completamente diverso (il “senso” conoscitivo, la “direzione” conoscitiva del cammino), mi pare, in vertice, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 173 (v. *infra*); e già A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 285 ss., spec. p. 304; per altri ambiti, N. IRTI, *Occasioni novecentesche. Il cammino del diritto*, ESI, Napoli 2012; ID., *In cammino verso la domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 225 ss. La dinamica di progressione insita nel “cammino” si addice particolarmente al “percorso che conduce all'interpretazione”: v., ad esempio, P. RICOEUR, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, ult. ristampa, trad.it. a cura di G. Grampa, Jaka Book, Milano 2016, p. 151 [tit. or. ID., *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, II, Seuil, Paris 1986] («interpretare ... è appropriarci *hic et nunc* dell'intenzione del testo ... l'intenzione o lo scopo del testo non è, primariamente, l'intenzione presunta dell'autore ... ma ciò che il testo vuole, ciò che vuole dire a chi è disposto ad obbedire alla sua ingiunzione. Quello che il testo vuole è metterci nel suo senso, cioè ... nella sua stessa direzione ... spiegare è liberare la struttura, cioè le relazioni interne di dipendenza che costituiscono la statica del testo; interpretare è intraprendere il cammino di pensiero indicato dal testo, mettersi in marcia verso l'oriente del testo»). Con riferimento ad Ascarelli, v. pure la descrizione di T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pacini Giuridica, Pisa 2018, p. 70 ss. (cfr. anche *infra*). La rappresentazione della interpretazione come un “cammino verso” echeggia anche in J. ESSER, *Vorverständis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt M. 1970, p. 8 («Domina [nelle pronunce del *Bundesgerichtshof* tedesco] il cammino verso la decisione, la ricerca tesa verso la meta della giustizia relativa alle circostanze di fatto, così come essa stessa determina la motivazione del giudizio, inteso come *Richtigkeitsachweis* [dimostrazione di giustezza]»).

⁵ Non ancora del tutto: v. la successiva nt.

⁶ In quanto, appunto, di conoscenza e di comprensione (sebbene non ancora di interpretazione); poiché «fenomeno della comprensione» e «fenomeno della retta interpretazione del compreso» non vanno confusi: H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, XXV; v. anche *infra*, nonché V. CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Giappichelli, Torino 2020.

⁷ M. HEIDEGGER, *op. ult. cit.*, p. 245 ss.

La comparazione⁸ di e tra i diritti societari nazionali⁹, la quale «non può mai staccarsi dal diritto commerciale»¹⁰, deve essere concepita, da noi giuscommercialisti italiani (ma non solo¹¹ e, per vero, non unicamente dai giuscommercialisti¹²), proprio come un cammino: a seconda dei casi, da cominciare *ex novo* (tale è, in sostanza, anche il cammino che dovrà principiare la nostra giurisprudenza¹³), da riprendere, da proseguire, da rinnovare, da intensificare e affinare nello sforzo di compimento¹⁴: ma comunque, per tutti, da intraprendere o, quanto meno, da re-intraprendere. Un cammino “verso”, il quale, a mio avviso, deve essere, dapprima, convintamente “per”, “a favore della” comparazione di/fra i diritti societari nazionali e con il diritto societario dell’Unione europea¹⁵; quindi, potrà essere “per”, “a favore di” una funzione

⁸ Prediligo l’espressione “comparazione di e tra diritti nazionali” in luogo di quella “diritto comparato”: anche perché, concordo, in parte, sull’osservazione che «per la sua stessa natura, non esiste e non può esistere un ‘diritto’ comparato, ma solo la comparazione dei vari istituti o dei vari problemi» (T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, p. 41). A mio avviso, si può parlare – e io così la intendo, con Ascarelli – di comparazione di/tra diritti nazionali specificando che essa è espressione riassuntiva di quella più lata di «comparazione di/tra istituti, di/tra problemi e di/tra soluzioni di vari diritti nazionali».

⁹ Tratto qui della comparazione quale comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell’Unione europea, le quali, a mio avviso, sono parte delle “comparazioni interpretative”: e su cui rinvio, anche per precisazioni terminologiche, a V. CARIELLO, *op. cit.* Rispetto all’esperienza italiana, le mie riflessioni sono focalizzate (salvo qualche diverso cenno) sul diritto societario comparato, non estendendosi al diritto commerciale comparato nella sua interezza. Ritengo, tuttavia, che le valutazioni d’insieme qui proposte possano trovare applicazione, in buona parte, pure per il diritto commerciale comparato.

¹⁰ L. MOSSA, *Scienze e metodi del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 115.

¹¹ Cfr., di recente, K.J. HOPT, *Comparative Company Law 2018*, ECGI Law Working Paper 460/2019, luglio 2019, p. 3 ss. (spec. p. 32: «in many countries, company law is still studied and taught as a merely national, doctrinal matter»).

¹² Cfr., di recente, tra altri, K. RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, in *AcP*, 2018, p. 693 ss.; C. BALDUS, *Fluctuat nec mergitur: per un doppio ancoraggio del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1106 ss.; v. pure P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, ESI, Napoli 2011, p. 3509 ss. (su “cali di tensione” e segnali di appannamento nella vivacità del dibattito nella cosiddetta scienza comparatistica).

¹³ Poiché isolatissime sono le pronunce che praticano comparazione davvero “conoscitiva” ed eventualmente (in funzione) interpretativa, cfr. *infra*.

¹⁴ Riprenderei anche l’immagine-descrizione coniata (per il “cammino” comparatistico di M. Rotondi) da A. GAMBARO, *I primi anni della Rivista di Diritto Commerciale: comparazione e cosmopolitismo giuridico*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 6 novembre 1998, Istituto lombardo di scienza e lettere, Milano 2001, p. 52: una «strada [qui, un cammino] lunga, a percorrere la quale non basterà un solo viandante».

¹⁵ La giurisprudenza della Corte di giustizia – pur programmaticamente riferendosi a un

cosiddetto metodo ermeneutico standardizzato, raggruppante i criteri dell'interpretazione letterale, sistematica, storica/genetica e, soprattutto, teleologica: v., espressamente, Corte di giustizia, 14 novembre 2019, nella causa C-255/18, *State Street Bank International GmbH*, conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona, presentate il 26 giugno 2019; Corte di giustizia, 30 gennaio 2018, nella causa C-360/15 e C-31/16, *College van Burgemeester*, conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 18 maggio 2017; Corte di giustizia, 17 aprile 2018, nella causa C-414/16, *Vera Egenberger* (puntuale analisi, sebbene da aggiornare, in S.M.E. MARTENS, *Methodenlehre des Unionrechts*, Mohr, Tübingen 2013, p. 329 ss.); in dottrina, cfr. J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 494 ss. e 515 ss.; a favore della considerazione del *telos* come «una premessa, che deve essere rafforzata con altre figure argomentative», quali i ragionamenti cosiddetti logici, gli assetti di interessi e le conseguenze, v. S.M.E. MARTENS, *op. cit.*, p. 456 ss.; T.M.J. MÖLLERS, *Comment raisonnent et travaillent les juristes. Conséquences sur le rôle des méthodes juridiques dans la formation juridique*, in *R.I.D.C.*, 2019, p. 471 ss., spec. p. 482, di cui il virgolettato testé riprodotto, nonché p. 499; ma, proprio con riferimento al diritto societario, v. le aspre critiche di P. HOMMELHOFF, *L'interpretazione del diritto 'armonizzato' delle società. Un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea*, in R. COLONNA-R. SCHULZE-S. TROIANO (a cura di), *L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato*, ESI, Napoli 2004, p. 36 ss., spec. p. 50 s. –, da tempo, nei fatti, sperimenta, con alterni successi, la funzionalizzazione ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali (segnatamente rivolta a identificare nelle diverse esperienze ed estrarre da esse “soluzioni convergenti” o “principi comuni ai vari ordinamenti degli Stati dell'Unione”, da adottare nella decisione dello specifico caso; ovvero a evidenziare “soluzioni divergenti”, dalle quali attingere ovvero oltre le quali prescegliere la “soluzione” del caso in giudizio), sebbene non risulti infrequentemente indenne, da una parte, da tendenze a evocazioni di esperienze nazionali prive poi di reale finalizzazione ermeneutica; dall'altra, da mancate evidenze dei reali effetti ermeneutici della comparazione sulla e per la decisione assunta (ovvero, se a tale comparazione ricorre l'Avvocato generale, sulle e per le conclusioni proposte). Si che – seppure a me paia affermazione eccessiva (soprattutto in ragione del riscontro *sia* che sovente la comparazione rivela “carattere ausiliario” non di cosiddetti criteri tradizionali, ma nel loro ambito, come accade nell'interpretazione letterale e in quella sistematica; *sia* che il concreto ricorso alla comparazione in funzione ermeneutica non è contrassegnato da univocità di forma o modalità: da tenere presente e meditare, in questo senso, le cautele raccomandate e le perplessità sollevate da J. JOUSSEN, *op. cit.*, p. 533 s.) – si afferma che la comparazione sia “criterio ermeneutico” per antonomasia della Corte di giustizia: così J. BASEDOW, *Europäisches Zivilprozessrecht – Allgemeine Fragen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsüberienkommens (GVÜ)*, in *Handbuch des Internationalen Zivilfahrensrechts*, I, Mohr, Tübingen 1982, p. 127; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 7 e 194 ss.; e v. pure, con variabili valutazioni, M. LUTTER, *Die Auslegung angeleglichen Rechts*, in *JZ*, 1992, p. 593 ss., spec. p. 603; R. SCHULZE, *Vergleichende Gesetzauslegung und Rechtsangleichung*, in *ZfRV*, 1997, p. 189; H.-W. DAIG, *Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Gemeinschaftsrecht*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, Mohr, Tübingen 1981, p. 395 ss.; P. MEYER, *Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in *Jura*, 1994, p. 457 ss.; H.-P. MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, in *JZ*, 1991, p. 529 ss.; B. AUBIN, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, in *RebelsZ*, 1970, p. 458 ss.; cfr. anche le

ermeneutica complessiva di questa comparazione e del suo accreditamento come paradigma ermeneutico¹⁶ e come componente ineliminabile del

più recenti considerazioni di S.M.E. MARTENS, *op. cit.*, p. 493 ss.; G. ALPA, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 879 ss.; L.N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, IV ed., Sweet & Maxwell, London 1994, pp. 301 e 314 ss. (e a p. 315: «so extensive a comparative examination in an actual judgement is rare, indeed unique; but the opinions of the advocates general contain much comparative analysis»); con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss. Inoltre – ed è forse, almeno in parte, spiegabile –, le valutazioni comparatistiche, ove presenti, risultano di gran lunga più articolate nelle Conclusioni degli Avvocati generali. Complessivamente, oscillando tra le due modalità d'impiego sopra isolate (e in generale, anche non con specifico riguardo al diritto societario), cfr., ad esempio – in epoca successiva alla corposa rassegna comparatistica (sul cosiddetto sviamento di potere) svolta nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Maurice Lagrange per Corte di giustizia, 10 febbraio 1955, *ASSIDER*, nelle cause 1-54/3-54 –, Corte di giustizia, 12 novembre 1974, nella causa C-32-74, *FHaaga*, conclusioni dell'Avvocato Generale H.C. Mayras, presentate il 23 ottobre 1974; Corte di giustizia, 18 maggio 1982, nella causa C-155/79, *AM& Europe Limited* (e relative, assai diffuse, Conclusioni dell'Avvocato generale J.-P. Warner, presentate il 20 gennaio 1981); Corte di giustizia, 27 giugno 1996, nella causa C-234/94, *Tomberger*, conclusioni dell'Avvocato generale G. Tesauero, presentate il 25 gennaio 1996; Corte di giustizia, 16 luglio 1992, nella causa C-83/91, *Mielicke*, conclusioni dell'Avvocato generale G. Tesauero, presentate l'8 aprile 1992; Corte di giustizia, 12 marzo 1996, nella causa C-441/93, *Pafitis*, conclusioni dell'Avvocato generale G. Tesauero, presentate il 9 novembre 1995; Corte di giustizia, 13 novembre 1990, nella causa C-106/89, *Marleasing*, conclusioni dell'Avvocato generale W. van Gerven, presentate il 12 luglio 1990; Corte di giustizia, 12 maggio 1998, nella causa C-367/96, *Kefalas S.A.*, conclusioni (molto diffuse, nell'invocazione di “dati” comparatistici) dell'Avvocato generale G. Tesauero, presentate il 4 febbraio 1998; Corte di giustizia, 19 novembre 1996, nella causa C-42/95, *Siemens* (e connesse conclusioni dell'Avvocato generale G. Tesauero, presentate il 19 settembre 1996); Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, nella causa C-101/08, *Audiolux*, conclusioni (articolate, nella comparazione di/tra diritti nazionali) dell'Avvocato generale V. Trstenjak, presentate il 30 giugno 2009; Corte di giustizia, 18 dicembre 2008, nella causa C-388/06, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, conclusioni dell'Avvocato generale V. Trstenjak, presentate il 4 settembre 2008; Corte di giustizia, 26 marzo 2009, nella causa C-326/07, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana*, conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 6 novembre 2008; Corte di giustizia, 16 dicembre 2008, nella causa C-47/07, *P. Masdar (UK) Ltd* (e conclusioni dell'Avvocato generale Mazak, presentate il 12 giugno 2008); Corte di giustizia, 30 settembre 2003, nella causa C-167/01, *Inspire Art*, conclusioni dell'Avvocato generale Alber, presentate il 30 gennaio 2013; Corte di giustizia, 1 luglio 2015, nella causa C-461/13, *Bund für Umwelt und naturschutz Deutschland e V.*

¹⁶ È ampiamente risaputo che, nell'epistemologia contemporanea, si deve al cosiddetto primo (v. *infra*) Thomas S. Kuhn di avere impresso al termine “paradigma” sia un'estesa diffusione [ben al di là del suo “ambito scientifico” di adozione; ma per non isolate critiche al “modello kuhniano”, v., *inter alia*, M. MASTERMAN, *The Nature of a Paradigm*, in I. LAKATOS,

A. MUSGRAVE (a cura di), *Criticism and the Growth of Knowledge*, IV, Cambridge University Press, Cambridge 1970, p. 59 ss.; E.V. DIETZE, *Paradigms Explained. Rethinking Thomas Kuhn's Philosophy of Science*, Praeger, Westport 2001; P. HOYNINGEN-HUENE, *Reconstructing Scientific Revolutions. Thomas Kuhn's Philosophy of Science*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1993, spec. p. 131 ss.; v. pure H. ANDERSEN, P. BARKER, X. CHEN, *The Cognitive Structure of Scientific Revolutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, spec. p. 19 ss.; S. GATTEI, *La rivoluzione incompiuta di Thomas Kuhn. La tesi dell'incommensurabilità e l'eredità del Neopositivismo*, UTET, Torino 2007 (in particolare, analisi della "svolta linguistica" di Kuhn: p. 85 ss., dove particolare rilevanza all'analisi del concetto di traduzione); v. altresì, la nt. seguente], *sia* (nondimeno) specifici (plurimi) significati d'impiego [la cui innovatività di contenuto non passò inosservata alla stessa filosofia ermeneutica: nella prima edizione, del 1960, di H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, compare la nt. 209, nella quale, chiosando una sua affermazione dedicata alla ricerca scientifica («la ricerca scientifica come tale non attinge la sua legge di sviluppo da queste circostanze [aspetti di tradizione], bensì dalla legge interna dell'oggetto della ricerca, che si manifesta al suo metodico lavoro»), Gadamer osserva che «dopo Thomas Kuhn ... la questione sembra essersi complicata assai». Tale nota, tuttavia, sparirà nella seconda edizione del 1965]. Ciò riconosciuto, per i "paradigmi ermeneutici" [espressione di non raro impiego nella stessa ermeneutica normativa: cfr., ad esempio, proprio in relazione a paradigmi interpretativi, e alla necessità di una loro riscrittura, L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca dello strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quad. fiorentini*, 2010, p. 160 ss.; di "paradigma ermeneutico", al singolare, parla L. CORTELLA, *La razionalità del linguaggio. Conseguenze filosofiche del paradigma ermeneutico*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 29 ss.; nella dottrina tedesca, W. KRAWIETZ, *Juristische Hermeneutik als normatives Handlungs- und Forschungsparadigma? Kommunikationstheoretische Überlegungen zur Normen- und Handlungstheorie des modernen Rechts*, in C. BÄCKER, S. ZIEMANN (a cura di), *Junge Rechtsphilosophie*, Nomos, Stuttgart 2012, p. 111 ss.; assai di recente, R. WANK, *Juristische Methodenlehre*, Vahlen, München 2020, p. 153 ss. (su precomprensione e paradigmi); v. altresì S. STOLJAR, *Paradigms and Borderlines*, in *Rechtstheorie*, 1982, p. 133 ss.; E. ZULETA PUCEIRO, *Paradigmen und Modelle in der modernen Rechtstheorie*, *ivi*, 1984, p. 503 ss.; impiego consapevole del termine paradigma in riferimento all'ermeneutica normativa anche in M. BARCELLONA, *op. cit.*, specialmente pp. 12 ss., 28 ss., 34, 79 ss., 101 ss., 142, 148 ss., 159 ss., 174, 189, 446 ss., 454 ss., 464 ss.; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, p. 451; L. NIVARRA, *Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero, da un paradigma altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 801 ss.; ID., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, ESI, Napoli 2010], non giudico totalmente praticabile [ma solo in parte (in particolare, la dinamica di concorrenza, alternanza/sostituzione tra paradigmi, nonché il binomio "paradigmatico-preparadigmatico"; v. pure *infra*), e comunque con adattamenti e necessarie precisazioni/modifiche: v. sempre oltre, in questa nota], il cosiddetto modello definitorio di paradigma coniato appunto dal "primo" T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, IV ed., The University of Chicago Press, Chicago, London 2012 (ma pure ID., *The Essential Tension: Tradition and Innovation in Scientific Research*, in R. BODY, P. GASPER, J.D. TROUT (a cura di), *The Philosophy of Science*, The MIT Press, Cambridge-Mass. 1991, p. 139 ss.; ID., *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, The University of Chicago Press, Chicago 1977, sebbene qui – p. 293 ss. – si riscontri una prosecuzione del "ripensamento" dell'uso del concetto di paradigma, già iniziato nel 1969: cfr. *infra*), il cui pensiero è tanto citato, quanto non di rado

frainteso ovvero compreso parzialmente e senza consapevolezza delle sue diverse fasi, nonché impropriamente invocato. Non si deve trascurare, e in primo luogo, come lo studioso statunitense non usi in modo unitario e univoco, nonché costante nel suo pensiero, il termine paradigma: vale a dire, egli non userà sempre l'espressione *Paradigm* nel senso di «universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community of practitioners» e/o di «a theoretical structure which includes a network of conceptual, theoretical, instrumental and methodological commitments». E difatti, come lo stesso Kuhn riconosce nel *Postscript- 1969* (ID., *The Structure*, cit., p. 173 ss.), (i) alcuni aspetti della sua formulazione originaria «create gratuitous difficulties and misunderstandings» e alcuni fraintendimenti sono da lui stesso condivisi (*ivi*, p. 173); (ii) «several of the key difficulties of my original text cluster about the concept of a paradigm» e suggerisce «the desirability of disentangling that concept from the notion of a scientific community» (*ivi*, p. 174); (iii) in gran parte del libro «the term 'paradigm' is used in two different senses. On the one hand, it stands for the entire constellation of beliefs, values, techniques, and so on shared by the members of a given community. On the other, it denotes one sort of element in that constellation, the concrete puzzle-solutions which, employed as models or examples, can replace explicit rules as a basis for the solution of the remaining puzzles of normal science»; (iv) peraltro, sono stati identificati ventidue differenti modi di utilizzo, i quali, dopo un «lavoro di ripulitura stilistica», possono essere ridotti a due, molto differenti e che richiedono di venire e permanere separati (*ivi*, p. 181); (v) di questi due, il primo risulta «inappropriate» (in connessione con quello di «teoria») e, al fine di evitare confusioni, occorre sostituirlo con l'espressione «disciplinary matrix»: 'disciplinary' because it refers to the common possession of the practitioners of a particular discipline; 'matrix' because it is composed of ordered elements of various sorts, each requiring further specification» (su cui, tra altri, P. HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 141 ss.). Preciso ciò, in via ulteriormente preliminare ma più generale, osservo che, sebbene annoveri frequenza (direi, fortuna ovvero moda) di impiego anche nella riflessione giuridica, il sostantivo *paradigma*, e le altre classi di parole connesse, rivelano, a dispetto delle apparenze e a ben vedere, significati di utilizzo per nulla del tutto collimanti (seppure appaiono non correlati alle derivazioni filosofiche antiche, essenzialmente di archetipo, di realtà ideale, secondo l'uso di Platone, ovvero di argomento, per come il termine godeva d'impiego in Aristotele; come pure distanti appaiono dall'accezione di P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 16: «quelli che chiamiamo paradigmi sono dei tipi di costruzioni dell'intrigo derivanti dalla sedimentazione della pratica narrativa stessa. Tocchiamo qui un fenomeno fondamentale, quello dell'alternanza tra innovazione e sedimentazione») e non di rado promiscuamente fraintesi sulla base di una inesistente pacifica convenzione d'uso uniforme (inesistente: per tutti, P. HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 31 ss.); sicché si giustifica l'accortezza, invero raramente riscontrabile anche nella dottrina giuridica (nazionale e non), di precisarne (senza darle per scontate, sulla scorta del cosiddetto uso corrente di «modello o schema accettato»: T.S. KUHN, *op. ult. cit.*, p. 23), almeno laddove potrebbero sorgere equivoci e fraintendimenti, le condizioni e i significati di uso, tanto più che essi possono presentare diversificazioni in ragione del riferimento cui risultano abbinati il sostantivo «paradigma» ovvero le classi di nomi connesse. Nessun fraintendimento delle tesi del cosiddetto primo e secondo Kuhn, per inciso, ma accortezza di impiego, si registra, nella letteratura societaria, ad esempio, in B. CHEFFINS, *The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship*, Paper, November 2003, p. 7 ss.; ID. *The Team Production Model as a Paradigm*, Law Working Paper 262/2104, 2014, p. 2 ss. (v. anche nt. 9); C. ANGELICI, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, Giuffrè, Milano 2012, p. 4; ID.,

progetto ermeneutico da attuarsi con l'interpretazione normativa¹⁷.

Un cammino che, per la dottrina giuscommercialistica italiana, si preannuncia particolarmente impegnativo, a prescindere da dove si pensi, individualmente, di essere giunti a oggi e da dove ci si prefigga di andare¹⁸. Un cammino che, in particolare, sul piano dei contributi e dell'attenzione alla cosiddetta teoria generale della comparazione¹⁹, in prospettiva, oltre a dovere sforzarsi di "andare verso", in retrospettiva, e pur sempre, "viene da"²⁰: da un "altrove" che è esistito e che, desidero subito rimarcarlo, nonostante avvisi contrari²¹, trovò (pure) nella *Rivista del diritto commerciale*, anche in origine, una collocazione propulsiva di riferimento (per la comparazione giuridica e non per il semplice «cosmopolitismo» giuridico²²) e nel quale,

Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 377 ss.; e per l'impiego dell'espressione v. sempre ID., *In tema di metodo nel diritto commerciale*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, II, p. 398. Invocazione del lessico kuhiano (in particolare, "scienza normale" e paradigma), ad esempio, anche in M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini*, 2015, p. 131 s., testo e nt. 2. Aggiungo che un approccio criticamente avveduto all'impiego completo delle teorizzazioni kuhiane sul paradigma (diversamente, come precisato, l'applicazione della dinamica di concorrenza, alternanza/sostituzione tra paradigmi e il binomio paradigmatico preparadigmatico esposti da Kuhn) richiede di porsi, tuttavia e anche in questo caso in via assolutamente preliminare, l'interrogativo se il campo di applicazione ipotizzato sia o meno un "campo scientifico", dal momento che non si può ignorare come lo stesso T.S. KUHN, *op. ult. cit.*, p. 161 ss. sembri riservare la sua teoria ai soli campi scientifici, in quanto esposti a progressi: mentre dubita, al pari di moltri altri (non è però il mio caso), che i campi non scientifici facciano progressi. In altre parole, chi invoca il termine "paradigma" in uno dei significati kuhiani, non può anteriormente porsi la domanda se l'"approccio" kuhiano sia praticabile in ragione delle sue teorizzate caratteristiche e se accetti comunque di praticarlo anche in presenza di dubbi in proposito. E per un esempio di tale approccio avvedutamente critico, v. B. CHEFFINS, *The Trajectory*, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *The Team*, *cit.*, p. 3 («I argued when I discussed Kuhn ... that it was unclear whether his characterization of scientific endeavour could be appropriately to analyze corporate law theory trends. ... For the present purposes... it will generally be assumed that Kuhn's work of scientific endeavour can be drawn upon to characterize the development of corporate law theory»).

¹⁷ Nel senso di Gadamer: v. *infra*.

¹⁸ Nel cosiddetto uso della comparazione di/tra sistemi giuridici nazionali e con il diritto dell'Unione europea.

¹⁹ Per il momento, non mi avvalgo, volutamente, delle espressioni "metodo comparatistico" o "metodo di diritto comparato".

²⁰ V. *infra*.

²¹ Mi riferisco a A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 38 ss. (spec. p. 45 ss.), sulle cui valutazioni, che in massima parte non condivido, mi soffermerò di seguito e oltre.

²² «Cosmopolitismo» giuridico che, invece, secondo A. GAMBARO, *op. loc. ultt. citt.*, fu (al massimo) la vera natura e caratteristica connotante, salvo sparute eccezioni, i primi 12 anni di vita, ma non solo, dei contributi cosiddetti comparatistici ospitati nella *Commerciale*: ma

nondimeno, non difettarono e non si nascosero critica e autocritica alla sensibilità comparatistica nazionale²³. Un “altrove”, tuttavia, che – e solo in parte per ragioni identificabili e solo in parte coincidenti con il sostanziale “oblio” cui sono state condannate le indicazioni teoriche (di interpretazione normativa e di comparazione giuridica) e “di metodo” (in via preliminare, di Cesare Vivante, e) soprattutto²⁴ di Tullio Ascarelli²⁵ e

per obiezioni in dettaglio, v. oltre. Il dissenso dall’analisi di Gambaro – è bene lo precisi da subito – non è contraddetto dalla, e non oblitera la consapevolezza sia di una grave diffusa latitanza della dottrina giucommercialistica dal dibattito sulla teoria della comparazione di/tra diritti (consapevolezza espressa, agli esordi, anche in diversi contributi contenuti nei primi due decenni di vita della *Commerciale*), sia in particolare dello stato (ovviamente) iniziale della riflessione teorica comparatistica transitata nella pagine della *Rivista del diritto commerciale* delle prime decadi: cfr. *infra* e oltre. Se non m’inganno, poi, la valutazione di “cosmopolitismo” del diritto commerciale (ma non nel senso deteriore che in A. Gambaro vedo associato, in contrapposizione alla virtuosa comparazione, all’“opera” della *Rivista del diritto commerciale* degli albori) si rintraccia in V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell’ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, I, p. 121. Inutile, forse, che poi rammenti come, anche di recente, cosmopolitismo giuridico e comparazione siano impiegate, non di rado, come sinonimi, nel senso però, entrambi, di autentico e retto impiego della comparazione di/tra diritti nazionali.

²³ V. sempre dopo.

²⁴ Ma non solo: cfr. oltre.

²⁵ Nella nostra giuscommercialistica, il contributo di Tullio Ascarelli e alla teoria della comparazione di/tra diritti e alla teoria dell’ermeneutica normativa, sebbene non di rado rammentati [oltre gli scritti commemorativi di G. FERRI e A. ASQUINI in apertura degli *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Giuffrè, Milano 1969, e l’ulteriore commemorazione di A. ASQUINI, *Nell’anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 1004 ss., v., tra altri, G. AULETTA, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 493 ss.; ID., *Saggi e studi di Tullio Ascarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 433 ss.; F. FERRARA, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 113 ss.; G. TEDESCHI, *L’insufficienza della norma e la fedeltà dell’interprete (riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, *ivi*, 1962, I, p. 536 ss.; B. LIBONATI, *Ricordo di Tullio Ascarelli*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano 2013, p. 1027 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 16 e p. 20 ss.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale (Rivista Telematica)*, 2015, III, p. 14 ss. e p. 23 ss.; M. STELLA RICHTER JR, *Il giovane Ascarelli*, in I. BIROCCHI (a cura di), *‘Non più satellite’. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, ETS, Pisa 2019, p. 273 ss.; ID., *Tullio Ascarelli studente*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1237 ss. (dove ulteriori citazioni)], è rimasto un “potenziale inespresso” (per taluno, forse si potrebbe giustificare, con riguardo almeno alla teoria ermeneutica, per la difficoltà di costruzione delle sue tesi a causa di una presunta mancanza di sistematicità: su questa mancanza si appunta M. MERONI, *La teoria dell’interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano 1989, p. 225, sebbene per l’Autore sia possibile considerare unitariamente la produzione ermeneutica del dopoguerra: *ivi*, p. 226), non raccolto: stigmatizza l’atteggiamento di “non continuità” rispetto alle riflessioni (“di metodo”) ascarelliane M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., spec. pp. 12, 16 e 23 s.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, loc. cit.; ID., *Appunti sull’autonomia del diritto commerciale dedicati a*

Pippo Portale, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, p. 42. Nella civilistica, coglie bene il punto, da diverse angolazioni della teoria dell'interpretazione normativa, M. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 179 e 277 s. (la dottrina dell'ultimo ventennio «sembra aver voluto a forza consegnare all'oblio» antichi Maestri, tra cui Ascarelli) e 433; uno spunto anche in T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 72. Sull'apprezzamento della centralità dell'elaborazione ermeneutica di Ascarelli [a partire dal notissimo (*rectius*, citatissimo) T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod.civ. nel diritto privato*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1925, p. 235 ss., nel quale spira lo storicismo crociano, il cui primo punto di approdo fu una concezione storicistica o creativa dell'interpretazione giuridica, destinata, nondimeno, a evolversi, proprio in concomitanza con la consapevolezza che «la forma specifica in cui si configurava per l'Ascarelli, nell'immediato dopoguerra, la storia del pensiero giuridico era ... quella del 'diritto comparato'»: A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 589 s. e 623 ss; ma v. già G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., pp. CXLIII ss., in particolare CXLVI; e, in parte, lo stesso T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnevatti)*, in *Id.*, *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano 1959, p. 156: crociano il connubio tra storia del diritto e storia delle dottrine); v. altresì F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, ESI, Napoli 1999, *passim*; M. MERONI, *op. cit.*, p. 165 ss. e p. 256; e il cenno di N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, UTET, Torino 1990, p. 28; cfr. anche oltre. Il che non deve tradursi in un'omissione delle componenti (invero prive di qualunque degno approfondimento) pure gentiliane del pensiero di Ascarelli (il quale si sarebbe laureato anche in filosofia, con G. Gentile, secondo l'informazione che attingo da C. PALUMBO, *Sul pensiero filosofico-giuridico di A.E. Cammarata. Dalla legalità alla giustizia nel formalismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2017, p. 153, nt. 1); e v. lo stesso T. ASCARELLI, *Introduzione* a *Id.*, *Problemi giuridici*, cit., XIII: distinzione tra testo e norma avvertita «con una concezione del testo per qualche aspetto non lontana dal 'voluto' gentiliano»] da parte di *non giuscommercialisti*, v. pure, oltre Gazzolo, P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fiorentini*, 1991, p. 448 e p. 485 ss. (ove la duplice osservazione, da una parte, che il saggio sulle lacune del 1925 fu l'unico caso rilevante in cui un giurista, e non un filosofo del diritto, assumeva un punto di vista neoidealista in tema di interpretazione e ne sviluppava le conseguenze; dall'altra, della maggiore rappresentatività di Ascarelli, rispetto a E. Betti, con riferimento alla cultura giuridica degli anni Cinquanta e «alle inquietudini e della svolta che sarà poi degli anni Sessanta»); M. REALE, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1983, p. 231 ss.; e soprattutto (anche dal punto di vista delle riflessioni ascarelliane sulle cosiddette valutazioni dell'interprete) le puntuali riflessioni di A. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 575 ss.; e le approfondite analisi di M. GRONDONA, *I moti del diritto e le metodologie dell'interpretazione (in margine ad alcune pagine di Tullio Ascarelli)*, in *ODCC*, 2016, I, p. 115 ss.; *Id.*, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Plank Institut for European Legal History, Frankfurt M. 2018, p. 219 ss.; *Id.*, *Perché non possiamo non dirci "leoniani", I. Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, I, ESI, Napoli 2017, spec. p. 893 ss.; *Id.*, *Tullio Ascarelli tra 'inerzia giuridica' e 'dinamica del diritto': premesse per una discussione (a partire dalla politica filosofica con uno sguardo alla politica tout court)*, dattiloscritto della Relazione tenuta al

Convegno *Ascarelli civilista*, Siena, 3 e 4 novembre 2019, letto anticipatamente per cortesia dell'Autore; nonché l'ottimo saggio di G. BLANDO, *Creatività e storicità dell'interpretazione. Spunti per una rilettura comparata di Ascarelli e Dworkin*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2018, II, p. 381 ss.; v. altresì S. ANDRINI, *Tullio Ascarelli tra norma positive e valutazione sociale*, in A. FERRAJO (a cura di), *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, Giuffrè, Milano 2014, p. 1 ss.; F. D'URSO, *Funzione economica e struttura giuridica nell'opera di Tullio Ascarelli*, in *i-lex*, 18, 2013, p. 161 ss.; e ancora F. CASA, *op. cit.*, *passim*; infine, per la considerazione della riflessione ermeneutica di Ascarelli nella letteratura straniera, v. oltre, in aggiunta alle citazioni in M. STELLA RICHTER JR., *op. ult. cit.*, p. 1237, nt. 1. Per inciso, voglio subito rimarcare (cfr. dopo; nonché V. CARIELLO, *op. cit.*) come la lungimiranza ermeneutica di Ascarelli andrebbe colta e meditata pure nella straordinaria correlazione "ideale" esistente, in alcuni passaggi esplicativi nevalgici della sua teoria dell'interpretazione, (i) con la *ermeneutica* di Gadamer: meritando e richiedendo di essere approfondito, in particolare, il rapporto tra le/i (non di rado fraintese/i) *precomprensioni, concetti propri e private presupposizioni* (dell'interprete) gadameriani [giacché, è bene lo precisi da subito, Gadamer ha sempre perorato e raccomandato accortezza nel condizionamento ermeneutico delle precomprensioni: e v., per tutti, L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quad. fiorentini*, (1978), p. 142: «l'interprete non deve abbandonarsi alle sollecitazioni della precomprensione, ma deve tematizzarla in consonanza col testo» (v. dopo); e per una esatta comprensione ermeneutica della nozione di precomprensione, anche quale transitata da Gadamer all'ermeneutica giuridica di lingua tedesca (sebbene qui, nondimeno, risulti talvolta forzata ovvero alterata), cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano 1984; ID., *Precomprensioni e controlli di razionalità nell'prassi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 313 ss.; e le recenti osservazioni di J. BRAUN, *Aspekte der Rechtsanwendung*, in *ARSP*, 2019, I, p. 44 ss. Fin da ora mi piace rilevare come, sebbene con riferimento ad altra questione – quella della distinzione tra "testo" (disposizione) e "norma", presupposto della tesi della cosiddetta struttura circolare domanda-risposta propria dell'interpretazione (su cui, cfr. sempre dopo) –, L. MENGONI, *Teoria generale generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. 16 s., abbia sottolineato l'anticipazione da parte di Ascarelli (T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi giuridici*, cit., p. 140 ss.) del "pensiero" gadameriano (precisamente, della "struttura applicativa della comprensione") e le (altrettanto non di rado equivocate) *valutazioni e premesse dell'interpretazione* ascarelliane (spunti, ancora una volta tra i pochissimi, anche se sotto il profilo dello storicismo, in A. DE GENNARO, *op. cit.*, pp. X e 706 ss., nt. 644; ma qualcosa mi pare aleggare, sebbene senza espliciti riferimenti, nella linea ricostruttiva del pensiero ascarelliano adottata da T. GAZZOLO, *op. cit.*, in particolare p. 70 ss.; v. dopo); (ii) con l'*ermeneutica giuridica* di J. Esser: non solo e non tanto con l'Esser di *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, I ed., Mohr, Tübingen 1956, peraltro ben conosciuto dal Maestro romano (T. ASCARELLI, *Tipologia delle realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in ID., *Problemi giuridici*, cit., p. 192; mentre Esser citerà Betti, ma non Ascarelli, con il quale tratteneva un rapporto epistolare); ma anche e piuttosto con l'Esser di *Vorverständis und Methodenwahl*, cit., e su cui Ascarelli, per evidenti ragioni, non poté riflettere; (iii) con la *ermeneutica e la topica giuridiche* di T. Viehweg (oltre che, ancora, di Esser): nota la vicinanza temporale tra la produzione ascarelliana del 1953-1956 e T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C.H. Beck, München 1953; su cui, nella nostra dottrina, oltre alle intense e sofisticate pagine di G. ZACCARIA, *Precomprensione*,

Mario Rotondi²⁶ (ma pure, sebbene con diverse inclinazioni e intensità, di

principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin, in *Rag. pratica*, 1998, p. 137 ss., e *Id.*, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984; v. pure l'interessante contributo di M. MARTINO, *La topica, il sistema e il diritto globalizzato: a cinquant'anni dalla pubblicazione di Topik und Jurisprudenz*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1489 ss.); (iv) con la *teoria dell'argomentazione e dell'interpretazione* di C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca: non si può non rilevare come Ascarelli (che conosceva opere precedenti di Perelman), intrattenendosi sulla cosiddetta «retorica del giurista», anticipi, nel robusto *Giurisprudenza costituzionale*, cit., quello che C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, scriveranno nel 1958, nella prima edizione del *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris 1958: e v. oltre. A mio avviso, sebbene in effetti altri siano i testi nei quali il più che trentennale lavoro ascarelliano sull'interpretazione ha prodotto gli esiti più significativi (molti dei quali, ribadisco, non adeguatamente valorizzati) e che non possono non essere letti e (a loro volta) interpretati percorrendo l'itinerario che tracciano, una porzione del "testamento ermeneutico" di Ascarelli è affidata a T. ASCARELLI, *Introduzione* a *Id.*, *Problemi giuridici*, cit., p. V ss. (introduzione datata 14 novembre 1959, 6 giorni prima della scomparsa). Questi i passaggi che a me pare meglio condensino parte del lascito ermeneutico ascarelliano: (i) i saggi raccolti rispondono a una preoccupazione che si è andata rafforzando nel tempo: «come si fondino la sostanziale funzione creativa di diritto dell'interprete e quella continuità rispetto al testo interpretato ... Questa confluenza si realizza ... attraverso la tecnica dell'interpretazione e viene colta acquistando critica consapevolezza dell'opera dell'interprete e, preliminarmente, del problema stesso dell'interpretazione» (p. V s.); (ii) Ascarelli si dichiara alieno «a qualunque preoccupazione circa la preferenza per questo o quel criterio interpretativo» (p. VI) e afferma essere vano ricercare la «rivendicazione di un 'nuovo o diverso' criterio interpretativo contro quelli noti e usati», perché lo scopo «è quello di render[si] conto della portata dei vari criteri» (p. IX); (iii) è possibile intendere «la storia del pensiero giuridico non già come disputa sull'eccellenza di questo o quel criterio, ma come sforzo nella sempre più precisa consapevolezza dell'esperienza giuridica e come formulazione di criteri per lo sviluppo del diritto, intellegibili solo nel quadro di uno sviluppo storico, nel contesto di strutture economiche, abitudini, tradizioni, credenze, speranze» (p. IX); (iv) occorre accertarsi quali siano le valutazioni che inducono a formulare una o l'altra soluzione di ermeneutica normativa (p. VII), rendere esplicite queste valutazioni, «la consapevolezza delle proprie valutazioni alle quali vorrei richiamare il nostro interprete» (p. VIII); (v) esistono «artifici emotivi» nascosti dall'invocazione di equità, esigenze sociali, realtà dei fatti (p. VIII); (vi) la distinzione tra testo e norma è sentita da Ascarelli come passaggio nell'evoluzione del suo pensiero, «con una concezione del testo per qualche aspetto non lontana dal 'voluto' gentiliano» (p. XIII).

²⁶ V. oltre. Menzione merita anche il concreto uso della comparazione di/tra diritti praticato da F. Carnelutti "giuscommercialista": cfr. F. CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, pp. 89, 92 s., 106, 110; nonché – tutti in F. CARNELUTTI, *Studi di diritto commerciale*, Athenaeum, Roma 1917 – *Id.*, *Sulla efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali*, p. 4; *Id.*, *Sul carattere mobiliare della quota di una società commerciale o industriale disciolta*, pp. 24, 26 ss., 36 ss.; *Id.*, *La prestazione di rischio nella mediazione*, p. 131; *Id.*, *I privilegi degli agenti di cambio*, pp. 157, 162; *Id.*, *Note sulla funzione del conto corrente*, pp. 209 s., 214, 216 ss., 222 ss., 229, 231 ss., 237 ss.; *Id.*, *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, pp. 253, 256, 268; *Id.*, *Natura del contratto tra la compagnia delle vetture-letto e i viaggiatori*, p. 274;

Gustavo Bonelli, Alfredo Rocco, Ageo Arcangeli, Lorenzo Mossa) – è un “altrove” assai distante e sfocato²⁷, da cui si provò a indicare un cammino troppo presto interrotto e non adeguatamente proseguito²⁸. “Altrove” assai distante e sfocato, giacché non può non convenirsi con chi, pertinentemente, ha rilevato che «nel momento attuale, se certamente è aumentata la conoscenza dei diritti stranieri, ciò ... è avvenuto anche non mediante un affinamento dell’analisi comparatistica, ma se del caso mediante la ricezione ... di soluzioni e prospettive di altri ordinamenti»²⁹.

Esperando questo cammino verso la comparazione di/tra diritti nazionali, il nostro (di giuscommercialisti) esercizio della medesima potrebbe e si dovrebbe rafforzare nella consapevolezza, nel senso di connotarsi come sempre più meditato; nell’avvedutezza, nel senso di divenire sempre più appropriato; nell’estensione, nel senso di risultare maggiormente praticato; nella cautela, nel senso di non esporsi a fraintendimenti e di non esporre a fraintendimenti, di non risultare fallace; nell’obiettivo, nel senso di non sottrarsi ai, bensì di alimentare i dibattiti di teoria generale della comparazione³⁰.

Sotto quest’ultimo profilo, la giuscommercialistica italiana non può non avvertire, e credo non senza qualche imbarazzo, lo iato esistente tra la secolare attestazione e rivendicazione di una fisiologica e privilegiata predisposizione della propria materia agli studi e alla riflessione comparatistica (una sorta di connaturata predestinazione scientifica)³¹ e l’esistenza di diversi (seppure

Id., *Prescrizione dell’azione di abbandono nell’assicurazione marittima*, p. 312 ss.; Id., *Appunti in tema di abbandono nell’assicurazione marittima*, p. 326 s.; Id., *Sul fallimento della società commerciale disciolta*, pp. 332, 336 s.

²⁷ A me sembra che, retrospettivamente, non sia possibile trarre dall’affermazione di A. MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, in *Riv. soc.*, 1964, p. 521 – secondo la quale la situazione, all’epoca, fosse cambiata da quando M. Rotondi deplorava lo stato stagnante della giurisprudenza e sollecitava una visione storica del diritto «integrata da un’ampia e sistematica ricerca comparatistica» – la conclusione che, sempre a quell’epoca (*id est*, quella cui si riferisce Mignoli), la dottrina giuscommercialistica italiana stesse proseguendo in un cammino intenso e sostenuto verso la comparazione (e tanto meno la giurisprudenza nazionale, che quel cammino, a mio avviso, non ha mai seriamente intrapreso: per cenni, v. dopo).

²⁸ Come ben si può ricostruire, con equilibrato giudizio, leggendo M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., spec. p. 6 ss.; Id., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 12 ss.; e v. dopo.

²⁹ C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 397 s.

³⁰ Per nulla superflui e ancora assai utili, se ben calibrati e indirizzati.

³¹ Limitandomi all’esperienza italiana (su alcune straniere, v. oltre), attestazione trasversale (interdisciplinare) ricorrente: v., tra altri, volendo proprio anche risalire alle origini (non solo della giuscommercialistica), cfr. C. VIVANTE, A. SRAFFA, *Il nostro programma*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 1 ss. (e sottolineatura di tale passaggio programmatico in T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in Id., *Problemi giuridici*, II, cit.,

non tanto numerosi quanto si sarebbe dovuto auspicare e si auspicerebbe³²)

II, p. 986); A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, UTET, Torino 1928, p. 83 (e v. M. ROTONDI, *I "Principi di diritto commerciale" di Alfredo Rocco*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 105; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 10 s.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 13); L. MOSSA, *op. cit.*, p. 115 e p. 127; più avanti negli anni, G. FASSÒ, *Un'amicizia pericolosa: diritto comparato e filosofia del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 549 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 375 [il quale, classificato il cosiddetto argomento comparatistico come «sottotipo dell'argomento autoritativo» e osservato che «la fortuna dell'argomento comparativo è evidentemente condizionata da fattori culturali e da fattori socio-organizzativi» (tra cui, nella comparazione, si è non di rado soliti indicare la cosiddetta omogeneità culturale; e ora, con riferimento al cosiddetto diritto transnazionale, cfr. tra altri, G. DE VERGOTTINI, *Diritto transnazionale e omogeneità culturale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, p. 389 ss.), afferma che «è ovvio che in settori particolari – ad esempio la disciplina dei traffici commerciali – l'argomento comparatistico sia particolarmente forte»]; A. SOMMA, *op. cit.*, p. 259 [citando anche U. DROBNIG, *The Use of Foreign Law by German Courts*, in ID., S. VAN ERP (a cura di), *The Use of Comparative Law by Courts. XIV Congrès international de droit comparé – Athens 1997*, Kluwer Law International, London-Boston 1999 p. 140]; M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*; C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 397. Mi pare peraltro che, al riparo da frettolose conclusioni negative, andrebbe verificato se e in che misura, nella giuscommercialistica degli anni Trenta propensa a valorizzare una (da definire, peraltro, attentamente) “funzione” ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali, oltre ad agire la sedimentazione di echi della cultura storica e romanistica di Leo Goldsmith, spirasse lo sforzo sistematico di R. von Jhering di combinare l'approccio filosofico giuridico con quello empirico-comparativo [una recentissima sottolineatura della ponderosità, anche sotto i profili testé menzionati, dello sforzo sistematico di R. von Jhering nel bel saggio di J. RÜCKERT, *Das Methodenraket Rudolf von Jhering (1818 – 1892)*, in *AcP*, 2019, p. 457 ss.; v. pure S. MEDER, *Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus*, in *JZ*, 2019, p. 689 ss.; e v. altresì l'analisi di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering e "Lo spirito del diritto romano"*, in *Quad. fiorentini*, 1992, p. 177 ss.]; v. anche dopo.

³² Se tendenze (invero, per nulla ancora davvero marcate: sicché mi pare tutto sommato non sensibilmente variata la situazione rispetto ai riscontri espressi anni fa, tra l'altro, da M. TARUFFO, *The Use of Comparative Law by Courts*, in *Rapports Nationaux Italiens au XIV Congrès International de Droit Comparé Athènes*, Giuffrè, Milano 1994, p. 57, con cenno pure proprio al diritto societario; A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Giuffrè, Milano 2004, p. 6; V. VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *ivi*, p. 18; di diverso avviso, E. ADAMO, *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, ESI, Napoli 2018, p. 160 ss.; cfr. anche G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 ss.; e nonostante sia condivisibile il riconoscimento di una intrinseca difficoltà di veritiera verifica dell'uso effettivo ermeneutico della comparazione) si possono provare a evidenziare nella nostra prammatica giudiziale rispetto agli *impieghi di riferimenti di/dal diritto straniero nel diritto societario* (al fine di promuovere soluzioni convergenti ovvero divergenti: cosiddetti usi complementari costruttivi ovvero distruttivi della comparazione: v., per tutti, A. SOMMA, *op. cit.*, pp. 5 ss., 80 ss., 103 ss., 170 ss.), esse mi paiono rivolte (i) ad attestarsi (ancora) su prevalenti menzioni prive di reale valenza ermeneutica e di reale incisione sul lavoro significante e sull'orientamento dell'esito di significazione prescelto (usi che, variamente,

vengono denominati come di “mero sfoggio di erudizione” o di “orpello linguistico”, “uso esornativo”: A. SOMMA, *op. cit.*, pp. 289 ss. e 314 ss.; E. ADAMO, *op. cit.*, p. 82 s.; oppure potrei parlare, attingendo a riflessioni più generali, non riferite all’uso di riferimenti di diritto straniero, di «informazione orientativa», priva di «connessione con le ... ragioni portanti» della decisione: terminologia di U. NEUMANN, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2010, I, p. 53, testo e nt. 10) [non è ignoto che talvolta il giurista (anche giudice) avverta la necessità ovvero l’opportunità di arricchire la sua argomentazione con «riferimenti culturali riconoscibili» (M. BUSSANI, *Appunti sull’interlocutore del giurista e sul problema dell’interpretazione*, in J. DERIDDA, G. VATTIMO (a cura di), *Annuario filosofico europeo. Diritto giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 52); e che, nelle “comunità” di riferimento, il giurista (anche giudice) pensi possano esistere anche coloro che riconoscano (e apprezzino, di là della precisa valenza ermeneutica assegnatagli dal medesimo giurista) riferimenti culturali comparatistici]; (ii) quando il riferimento sembra assumere una reale dignità nell’attuazione del «progetto ermeneutico» (v. dopo) realizzato con l’interpretazione normativa, a manifestarsi (ancora) del tutto prevalentemente – almeno stando alla modalità di esposizione e al linguaggio interpretativo che, rendendoli nel processo di significazione, li accompagna – come non decisivi o risolutivi (tali non essendo mai, per A. SOMMA, *op. cit.*, p. 288, quasi mai per E. ADAMO, *op. cit.*, p. 84), al più rafforzativi o a sostegno, come non elaborati e articolati, come non ricostruibili nella loro derivazione mediata (da altra giurisprudenza ovvero da dottrina) ovvero diretta (con propria personale critica acquisizione di conoscenza e comprensione e connessa elaborazione ermeneutica e finalizzazione interpretativa), come non accertabili nel processo che ha condotto alla loro valutazione di compatibilità con il diritto interno, come non esplicativi del loro trattamento in guisa di modalità esplicativa di regole della legge interpretativa ovvero di modi interpretativi esterni alla legge interpretativa, come non comprensibili nella loro appartenenza o meno a “valutazioni dell’interprete”, a “premesse di ragionamento”, a “condizioni della comprensione”, a “precomprensioni” e a quant’altro di simile (e, nella nostra migliore dottrina comparatistica, sull’atteggiamento a non esplicitare l’uso ermeneutico del diritto straniero v., tra altri, G. GORLA, *Esperienza scientifica – Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano 1982, p. 506 ss.; G. ALPA, *L’uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, in A. SOMMA, *op. cit.*, XIV s.; A. SOMMA, *op. cit.*, p. 274; A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 4; V. VIGORITI, *op. loc. cit.*; M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 50; cfr. pure E. ADAMO, *op. cit.*, p. 76 ss.). Quello che mi pare non contestabile è, allo stato della prassi giurisprudenziale, un impiego autenticamente ermeneutico ancora marginale e confinato della comparazione. In particolare, bisogna essere cauti a valutare come espressione di vero e proprio uso interpretativo della comparazione i casi in cui il giudice nazionale impiega espressioni tratte da altra esperienza per qualificare una fattispecie, un istituto, una regola o un principio di diritto interno cui abbina quella espressione [istintivo pensare, con riguardo al diritto societario e bancario, alle non rare pronunce che accolgono riferimenti alla *business judgment rule* ovvero al *Garantievertrag*: cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, sent. 19 marzo 2015, n. 5522; Cass. Civ., Sez. I, sent. 1 giugno 2016, n. 11395; Cass. Civ., Sez. I, sent. 17 maggio 2019, n. 13397; Cass. Civ., Sez. III, sent. 28 giugno 2019, n. 17625; Cass. Civ., Sez. III, sent. 15 maggio 2019, n. 12884; Cass. Civ., Sez. III, sent. 19 febbraio 2019, n. 4717; Cass. Civ., Sez. III, sent. 23 agosto 2018, n. 20993; Cass. Civ., Sez. III, sent. 4 maggio 2018, n. 10597; Cass. Civ., Sez. II, sent. 7 novembre 2017, n. 26340; Cass. Civ., Sez. lavoro, sent. 6 aprile 2017, n. 8926 (e, ancora di più, giudica errato l’uso della comparazione in tema di *Garantievertrag* da parte di Cass. Civ., SS.UU., sent. 1 ottobre 1987,

n. 7341, A. SOMMA, *op. cit.*, p. 72)]. In queste ipotesi, infatti, è possibile o che il giudice operi un'identificazione tra le soluzioni di diversi ordinamenti (ma, il più delle volte, non offrendo evidenze circa la corretta comparazione dei problemi cui le soluzioni sono applicate) o che ritenga che il "principio di diritto interno" debba essere reso in modo corrispondente a "principio di diritto straniero" (ma, parimenti il più delle volte, non fornendo evidenze in merito alla corretta comparazione tra principi). Rivolgendomi alla nostra prammatica giurisprudenziale in materia di diritto societario, non mi sembrano realizzare autentici usi ermeneutici della comparazione, solo per due esempi, Cass. Civ., Sez. I, sent. 4 aprile 2016, n. 6504 (inadempimento obbligo di o.p.a.: la convergenza comparatistica sembra non andare oltre un rilievo meramente incidentale e di esibizione culturale); Cass. Civ., Sez. II, 27 settembre 2018, n. 23370 ("natura" non gestoria del consiglio di sorveglianza: la menzione incidentale della "derivazione" germanica dell'organo attesta unicamente una constatazione oggetto di costante reiterazione, mentre non sembra incorporare l'elaborazione di conseguenze ermeneutiche compatibili per il diritto italiano tratte da valutazioni del "dato" comparatistico). All'opposto, parrebbero riscontrabili effettivi [per quanto assai esili e labili; e per quanto con le carenze ricostruttive di cui sopra] usi argomentativi e/o interpretativi della comparazione di/tra diritti nazionali (e talvolta con il diritto dell'Unione europea) – e, quindi, non meri impieghi del diritto straniero quale "orpello" ovvero riferimento privo di qualunque rilevanza ermeneutica per l'esito di significazione prescelto nel caso concreto – in Cass. Civ., Sez. I, sent. 20 luglio 1995, n. 7890, sulle clausole di cosiddetto mero gradimento (e v. pure A. SOMMA, *op. cit.*, p. 103 ss.); Cass. Civ., Sez. I, sent. 11 luglio 1988, n. 4563, in tema di regime di invalidità degli atti compiuti ex art. 2384 c.c. (*ante* riforma; cfr. ancora pure A. SOMMA, *op. cit.*, p. 199 ss.); cfr. altresì (responsabilità da prospetto) Trib. Milano, sent. 11 gennaio 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 585 ss.; Corte App. Milano, sent. 2 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 49 ss. (v. pure, ancora, A. SOMMA, *op. cit.*, p. 103 ss.); cfr. anche E. ADAMO, *op. cit.*, p. 129 ss. e p. 260 ss. (dove si invocano esempi di uso interpretativo della comparazione in pronunce sulla tutela del diritto di autore in rete). Esempi di uso interpretativo della comparazione di/tra diritti nazionali (peraltro, mi sembra "non dichiarato" e implicito, ma dedotto sulla base di un'interpretazione dei provvedimenti citati) in G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 327 s. Se si estende lo sguardo oltre la giurisprudenza in materia societaria, le modalità d'impiego del diritto straniero replicano le tendenze sopra isolate, anche in questi casi, in particolare, con (per quanto sempre accertabile) tenue impiego ermeneutico autenticamente comparatistico del diritto straniero: cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. lavoro, sent. 3 dicembre 2014, n. 25608; Cass. Civ., SS.UU., sent. 22 dicembre 2015, n. 2576; Cass. Civ., Sez. III, sent. 30 marzo 2018, n. 7917; Cass. Civ., Sez. lavoro, ord. 12 luglio 2017, n. 14188; Cass. Civ., Sez. lavoro, sent. 8 aprile 2016, n. 6900; Cass. Civ., Sez. I, sent. 9 novembre 2015, n. 22852; Cass. Civ., SS.UU., sent. 22 maggio 2018, n. 12565; Cass. Civ., SS.UU., sent. 24 settembre 2018, n. 22437; Cass. Civ., Sez. III, sent. 31 marzo 2016, n. 6230; Cass. Civ., Sez. I, sent. 29 luglio 2015, n. 16048; Cass. Civ., Sez. I, sent. 20 luglio 2015, n. 15138; Cass. Civ., SS.UU., sent. 11 settembre 2008, n. 23385; Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 2015, n. 7613; Cass. Civ., Sez. III, sent. 4 aprile 2014, n. 7897; Cass. Civ., SS.UU., sent. 16 maggio 2019, n. 13246; Cass. Civ., SS.UU., sent. 13 giugno 2019, n. 15895; Cass. Civ., Sez. III, sent. 6 ottobre 2016, n. 19886; Cass. Civ., Sez. lavoro, sent. 19 aprile 2017, n. 9883; Cass. Civ., Sez. lavoro, sent. 13 ottobre 2015, n. 20540; Cass. Civ., Sez. II, sent. 22 marzo 2016, n. 5597; Cass. Civ., Sez. II, sent. 21 ottobre 2015, n. 21449; Cass. Civ., Sez. III, sent. 29 gennaio 2019, n. 2348; Cass. Civ., Sez. V, sent. 16

rilevanti esempi di appropriato, avveduto e produttivo uso della comparazione

ottobre 2007, n. 21748; Cass. Civ., Sez. III, sent. 20 maggio 1998, n. 5031; Cass. Civ., Sez. III, sent. 22 gennaio 1999, n. 589; Cass. Civ., Sez. III, sent. 3 dicembre 2002, n. 17152, Cass. Civ., SS.UU., sent. 13 novembre 2000, n. 1169; Cass. Civ., Sez. V, sent. 21 gennaio 2011, n. 1372; Cass. Civ., Sez. I, sent. 9 dicembre 2002, n. 17475. Volgendosi ad altre esperienze giurisprudenziali, nonostante vi siano tendenze ad affermare il contrario, in Germania si atteggia ancora oggi come residuale l'uso ermeneutico della comparazione [anche se raffrontato a quanto accade in Austria e Svizzera: cfr. P. OBERHAMMER, *Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Method in Deutschland, Österreich und den Schweiz*, in *AcP*, 2014, p. 155 ss., spec. p. 178, G. WALTER, *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts*, in *Recht*, 2004, p. 91; cenno pure in M. LUMINATI, *Giudici-legislatori, alla maniera elvetica*, in *Quad. fiorentini*, 2011, p. 328]: cfr., tra altri, le ancora pertinenti valutazioni di H. KÖTZ, *Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung*, in Id., *Undogmatisches. Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus dreißig Jahren*, Mohr, Tübingen 2005, p. 120 ss. [e già Id., *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, C.H. Beck, München 2000, p. 825 ss.: a p. 832 la constatazione che il ricorso giurisprudenziale alla comparazione (in chiave ermeneutica) non è molto impressionante]; B. GROSSFELD, *Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, in *AcP*, 1984, p. 303 s.; v. altresì T. COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation. Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs*, Mohr, Tübingen 2012, p. 3; A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany*, in *ERPL*, 2011, p. 225 ss., spec. p. 248 s.; R. ZIMMERMANN, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, in *RabelsZ*, 2019, p. 264; nonché (con attenzione al *Verfassungsrecht*) A. VOSSKUHLE, *Rechtspluralismus als Herausforderung. Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZaöRV*, 2019, p. 481 ss. (soprattutto, pp. 488 ss., 494 ss. e 498 ss.); visione d'insieme in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2019; ben più risalente, ma comunque da considerare (al fine di una valutazione nel tempo dell'esperienza tedesca) B. AUBIN, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, in *RabelsZ*, 1970, p. 458 ss. Osservo, incidentalmente, che anche presso i giudici, l'impiego consapevole e avveduto della comparazione e a fini non meramente declamatori e/o ostentativi può "strategicamente" servire per alimentare e/o rafforzare progetti di discontinuità interpretativa; oppure, al contrario, per supportare progetti di conservazione ermeneutica (in questo caso, la comparazione a fini interpretativi si colloca nel cosiddetto argomento, o nella cosiddetta strategia, della continuità ermeneutica). E ancora: anche nella giurisprudenza, tale impiego può agire come "strategia di recupero" e/o di anticipazione-ricezione di veri e propri istituti non (ancora o non più) normativamente tipizzati (tipizzabili).

in funzione ermeneutica³³, *da una parte*; e *dall'altra*, appunto, la sua datata³⁴, e salvo rilevanti eccezioni³⁵, grave e perdurante latitanza dalla teoria della comparazione³⁶, simile, per inciso, e a mio avviso con esse in parte connesse (perché interrelate), alla latitanza dalla teoria dell'interpretazione normativa³⁷ e al connesso autoisolamento teorico, anche qui salve notevoli³⁸ eccezioni³⁹. E

³³ Non credo che la scarsissima militanza della giuscommerzialistica italiana rispetto alla teoria della comparazione si presti a essere ridimensionata e sminuita osservando che, in fondo, nei fatti, pur non avendo offerto continuità di contributi, la nostra dottrina giuscommerzialistica abbia comunque praticato retta comparazione. A parte l'agevole constatazione di una discrepanza, nella dottrina come pure nella giurisprudenza "giuscommerzialistica", tra "ricorso al diritto straniero" e "avveduta ed effettiva comparazione" (*id est*, il riferimento ai diritti stranieri non si traduce, per nulla, sempre, anzi non così frequentemente, in reale e attendibile comparazione: e v. il cenno di C. Angelici, sopra citato, nel testo), crea "disagio" – mutaundo e adattando quanto osservato da F. D'ALESSANDRO, *Il metodo nel diritto commerciale*, in *Studi in onore di Gustavo Visentini*, I, Luiss University Press, Roma 2020, p. 70, rispetto alle teorizzazioni dei giuscommerzialisti sul ("proprio") metodo – registrare «un confine, non certo impermeabile, ma tuttavia abbastanza netto» tra coloro che studiano i problemi della teoria del metodo e della comparazione e coloro che praticano la comparazione. Al più si potrebbe forse ammettere che «questa spaccatura [sia] forse comprensibile, ma non certo commendevole» (parole sempre di d'Alessandro). Ma a me sembra che, se è del tutto ovvio che occorra valutare l'attitudine comparatistica sugli effettivi esiti della comparazione (vale a dire, sui "risultati" della comparazione) e che le teorizzazioni non seguite da o disallineate rispetto a concreti avveduti impieghi della comparazione lascino nondimeno inappagati, è pur sempre difficilmente contestabile che la "cattiva comparazione" sia non di rado causata da non ovvero carente frequentazione della teoria della comparazione e, di conseguenza, da non conoscenza ovvero non assimilazione dei fondamenti teorici non discutibili della retta comparazione. In altre parole, il non raro "diletantismo" (espersione, ancora una volta, tratta da d'Alessandro, sebbene da lui non riferita alla comparazione) nel comparare non mi pare affatto non correlato alla ridotta conoscenza della teoria della comparazione.

³⁴ Anche se non sempre è stato così: cfr. dopo.

³⁵ V. oltre.

³⁶ Cfr. dopo.

³⁷ Nel senso di studi di teoria di ermeneutica normativa. Che la giuscommerzialistica italiana abbia disertato, tranne (anche qui) eccezioni, la teoria dell'ermeneutica normativa è, ancora una volta, ben evidenziato da M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 25, testo e note; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 28 s., testo e note; v. pure dopo. La saldatura, nella nostra dottrina giuscommerzialistica meno recente, tra teorizzazioni interpretative e teorizzazioni comparatistiche si coglie, tra altri, in uno spunto di A. MIGNOLI, *op. cit.*, p. 526. Ma in questa dottrina, è, ancora una volta, in Ascarelli che tale saldatura sperimenta la sua manifestazione più equilibrata ed energica: v. oltre. Osservo inoltre che, come per la teoria della comparazione, anche per la teoria dell'ermeneutica normativa, a dispetto della sostanziale diserzione dai dibattiti, si riscontrano certo plurimi esempi di assai pregevole, raffinato e sofisticato impiego (*id est*, delle "tecniche" dell'ermeneutica normativa).

³⁸ Dal punto di vista qualitativo.

³⁹ Cfr. oltre. E ciò, tra l'altro, mi pare spiegabile con la circostanza che una teoria della

questa autopercezione limitativa e autolimitante della giuscommercialistica italiana, di rimando, (in qualche modo) provoca la e (di certo) si riflette nella ridotta considerazione che la dottrina civilistica ha della militanza teorica della giuscommercialistica: risultando condivisibile la constatazione per cui «la dottrina giuscivilistica non presta particolare attenzione alle sfide teoriche pur presenti [seppure ancora troppo isolatamente] in alcuni filoni della dottrina giuscommercialistica»⁴⁰.

Sicché a me pare constatazione ardua da smentire, e ripetibile per il contributo della giuscommercialistica tanto alla teoria della comparazione, quanto alla teoria dell'ermeneutica normativa (e invero con valenza non limitata all'epoca della produzione scientifica specificamente considerata), quella per la quale la dottrina giuscommercialistica sembra, nel tempo, avere accolto le novità della civilistica (ma non solo), nazionale e straniera, in tema di teoria del diritto comparato e teoria dell'interpretazione normativa «di rimbalzo, e senza duratura incidenza sui propri metodi», innescando in essa (giuscommercialistica) gli «spunti che vengono dall'ambiente culturale circostante ... interventi di grande interesse, ma piuttosto isolati»⁴¹. Di regola la dottrina giuscommercialistica ha subito le altrui teorizzazioni; raramente se ne è fatta artefice e promotrice e ne ha tratteggiato le linee programmatiche e dinamiche di sviluppo. E questo atteggiamento può definirsi costante e indipendente dalle "fasi" di revisione normativa della disciplina, non presentando maggiore o minore riscontrabilità in epoche distanti da, a ridosso di ovvero di poco successive a riforme legislative (più o meno organiche) del diritto societario.

funzione ermeneutica della comparazione "si forma" *su* una teoria e *come* componente di una teoria dell'ermeneutica normativa. Non mi convincerebbe l'affermazione che per tale latitanza si possa stabilire una relazione di dipendenza o condizionamento (e, quindi, possa essere semplicemente spiegata) con l'affermazione per la quale «i criteri metodici dell'interpretare ... hanno trovato il punto di emersione storica nel diritto civile» (tale constatazione, ma non nei termini che sto ipotizzando, in M. ORLANDI, *Il linguaggio delle generazioni*, in G. ALPA-F. MACARIO, *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, giuristi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 256).

⁴⁰ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 43.

⁴¹ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 26, testo e nt. 57; *Id.*, *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 28.

2. *Il cammino a ritroso: retrospettiva su giuscommercialisti italiani e comparazione. Il contributo essenziale della Rivista del diritto commerciale*

Non credo di errare affermando, in particolare, che, a oggi, (i) nel suo complesso, la “scienza” comparatistica (italiana e straniera) versi, rispetto alle cosiddette strategie scientifiche⁴² della comparazione, in un *pre-paradigm period*, poiché «regolarmente contrassegnat[a] da frequenti e profonde discussioni circa la legittimità dei certi metodi, problemi e modelli di soluzione»⁴³; che, ancora oggi, (ii) nel suo complesso, alcun paradigma (positivo ovvero negativo) si può dire domini con riguardo alla funzione di interpretazione normativa della comparazione, versando anche il dibattito comparatistico al riguardo in una fase ancora pre-paradigmatica⁴⁴; e che, sempre a oggi, (iii) nel suo complesso, il diritto societario comparato (soprattutto) italiano neppure risulti generalmente percorso da tali tipi di discussioni, sicché mi sentirei di sostenere che esso versi in una fase ancora antecedente a quella pre-paradigmatica⁴⁵.

Per la nostra esperienza, la dottrina giuscommercialistica, pertanto, è investita del dovere di rivolgere la sua attenzione e di approfondire massicciamente i suoi sforzi (di ricerca, di studio, di conoscenza, di comprensione) alla teoria della comparazione e pure alla teoria dell’ermeneutica normativa. Si tratta di un *dovere* rispetto al quale, noi giuscommercialisti, non siamo liberi di scegliere. Non lo siamo, nell’esatto senso in cui non lo fu (e non sentì di esserlo) Tullio Ascarelli: per il quale «lo studioso non è libero di impegnarsi o meno, perché non si tratta di affermazione della propria personalità, alla quale può anche in grado maggiore o minore rinunciare, ma del contributo singolare che egli è chiamato a dare alla storia comune; non è libero nemmeno

⁴² L’espressione è di C. BALDUS, *op. cit.*, p. 1108 ss.

⁴³ Cfr. oltre. Qui mi pare appropriata l’accezione kuhniana di periodo pre-paradigmatico come, appunto, quello «regularly marked by frequent and deep debates over legitimate methods, problems, and standards of solution, though these serve rather to define schools than produce agreement»: T.S. KUHN, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁴⁴ Qui sì, come ho già rammentato, in senso kuhniano. Osservo incidentalmente come risulti sorprendente l’assonanza tra le elaborazioni di Kuhn sui tratti distintivi dell’esistenza di una scienza e quanto, più di trent’anni prima, scriveva M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto*, cit., p. 8, in merito all’identificazione di una legge scientifica: «perché ... si parli di legge scientifica, perché una dottrina sia scienza, occorre anzitutto, non dico che essa sia in grado di spiegarci a puntino tutti i fenomeni del cui studio si occupa, ma in grado almeno di offrirci dei risultati applicabili a tutti i fenomeni e a tutte le ipotesi analoghe a quelle già note o sperimentate, anche se non siano per anco verificate, anche se siano semplicemente ipotizzabili».

⁴⁵ V. anche oltre.

di scegliere l'oggetto della ricerca seguendo il caso o il gusto o le possibilità di successo, quando i temi essenziali in quel momento storico non sono ancora sufficientemente indagati⁴⁶. E, almeno per noi giuscommercialisti, corre ancora il momento storico nel quale non abbiamo sufficientemente indagato teoria della comparazione e teoria dell'ermeneutica normativa.

Occorre allora raccogliere e «rilanciare la sfida culturale» dei nostri «antenati»⁴⁷. Nel ri-metterci in cammino verso la comparazione di/tra diritti nazionali, noi giuscommercialisti dovremmo incrementare la nostra padronanza della teoria della comparazione e, da qui, offrire un apprezzabile apporto alle sue elaborazioni; promuovere, su rilevante scala, l'approccio comparatistico al diritto societario (e commerciale in generale); favorire un davvero avveduto e appropriato, in quanto prudente e criticamente selezionato, impiego ermeneutico della comparazione; e, in una fase avanzata (ma per nulla conclusiva) del nostro rinnovato cammino, impegnarci a fare acquisire all'impiego ermeneutico del diritto comparato lo *status* di autentico paradigma ermeneutico, stabilmente inserito, invero non solo laddove il testo normativo e/o la fattispecie evidenzino ovvero dischiudano vocazione comparatistica, nel progetto ermeneutico attuato con l'interpretazione⁴⁸.

Al riguardo, mi pare particolarmente auspicabile e proficuo che la giuscommercialistica italiana si attrezzi per guadagnare adeguato spazio nel dibattito sulla funzione ermeneutica della comparazione: discussione, come ognuno è ben consapevole, ancora polarizzata, in Italia come all'estero, *sia* sul se riconoscere tale funzione⁴⁹, *sia*, nel caso di consenso, su quale possa e debba

⁴⁶ G. AULETTA, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 496.

⁴⁷ M. LIBERTINI, *Appunti*, cit., p. 53.

⁴⁸ Su questa occorrenza terminologica gadameriana v. oltre.

⁴⁹ Ben presenti le assai risalenti, reiterate e anche attuali radicali e generali contestazioni (nelle dottrine giuridiche, non limitate alla giuscommercialistica) sull'autentica funzione interpretativa (non su quella ermeneutica in senso puramente conoscitivo) del diritto comparato: per misurare intensità e ricorrenza del dibattito, v., con necessario e ovvio sacrificio di completezza, tra altri, oltre le citazioni alla successiva nota, nella dottrina tedesca (per le origini del confronto in Francia, v. dopo) C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, II ed., Duncker und Humblot, Berlin 1983, p. 135 ss. e p. 149 ss.; P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode*, in *JZ*, 1989, p. 913 ss.; U. DROBNIG, *Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung*, in *RebelsZ*, 1986, p. 610 ss.; ID., *The Use*, cit., *passim*; B. MARKESINIS, *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, C.H. Beck, München 2004, *passim*; A. GAMPER (a cura di), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*, Jan Srameck, Wien 2013; K.P. BERGER, *Vom praktischen Nutzen der Rechtsvergleichung. Die „international brauchbare“ Auslegung nationalen Rechts*, in *Festschrift für O. Sandrock zum 70. Geburtstag*, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2000, p. 49 ss.; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, München

2015, p. 74 ss.; G. REINHART, *Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 Jahr-Freier der Ruprecht-Karls Universität Heidelberg*, C.F. Müller, Heidelberg 1986, p. 599 ss.; J.M. MÖSSNER, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, in *AöP*, 1974, p. 193 ss.; H. KÖTZ, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, in *JZ*, 2002, p. 257 ss.; P. MADJAROV, *Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode*, in *GreifRecht*, 2013, p. 75 ss.; T. COENDET, *op. cit.*, *passim*; J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung*, in *JZ*, 2016, p. 269 ss.; H. STOLL, *Rechtsvergleich und zivilrechtliche Methodik*, in *Festschrift für C.-W. Canaris zum 70. Geburtstag*, II, C.H. Beck, München 2007, p. 829 ss.; S. AUGENHOFER, *Rechtsvergleichung*, in J. KRÜPER (a cura di), *Grundlagen des Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2013, p. 193 ss.; v., altresì, J. DE CONINCK, *The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?*, in *RabelsZ*, 2010, p. 318 ss.; M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford 2013, p. 36 ss.; M. CHEN-WISHART, *Legal Transplant and Undue Influence: Lost in Translation or a Working Misunderstanding?*, in *62 Int'L & C.L.Q.*, 2013, p. 1 ss.; S. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, II ed., C.H. Beck, München 2011, p. 30 ss.; P.H. GLENN, *Persuasive Authority*, in *32 McGill L.J.*, 1987, p. 261 ss.; H.E. CHODOSH, *Comparing Comparisons: In Search of Methodology*, in *84 Iowa L. Rev.*, 1999, p. 1025 ss.; B. MARKESINIS, J.FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law*, UCL Press and Taylor & Francis Group, Abingdon 2006; C. PONTTHOREAU, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, in P. LEGRAND (a cura di), *Comparer les droits*, cit., p. 537 ss.; S. GEOFFREY, *Comparative Law and Jurisprudence*, in *47 Int'L & C.L.Q.*, 1998, p. 817 ss.; O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *R.I.D.C.*, 2001, p. 275 ss.; A.M. CÁRDENAS PAULSEN, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur*, Verlag Dr. Kováč, Hamburg 2009, pp. 31 ss., 91 ss., 147 ss.; J.P. ANCEL, *L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de Cassation*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet – Tallon*, Dalloz, Paris 2008, p. 3 ss.; qualche spunto anche in D. HENRICH, *Wandel de Familienbegriffs – Wandel des Familienrechts*, in *Festschrift 50 Jahre ZfRV*, Manz, Wien 2013, p. 59 ss.; M. PARGENDLER, *The Rise and Decline of Legal Families*, in *60 Am. J. Comp. L.*, 2012, p. 1043 ss.; H. FLEISCHER, *Comparative Approches to the Use of Legislation History in Statutory Interpretation*, *ivi*, p. 401 ss. In particolare, nella dottrina giuscommercialistica, fortemente scettici (*rectius*, critici) sul cosiddetto impiego ermeneutico della comparazione, tra altri, H. EIDENMÜLLER, *Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut*, in *RabelsZ*, 2006, p. 474 ss., spec. p. 501 s. (il compito del giudice nazionale non è di “impiantare” nel suo sistema elementi di un altro sistema giuridico; sostanzialmente allineata a questo orientamento restrittivo-precursivo, nella giurisprudenza italiana, ad esempio, Cass., SSUU., 25 giugno 2002, n. 9281: «l'esegesi di istituti dell'ordinamento nazionale non può essere condotta adottando a parametro norme straniere di disciplina di pur corrispondenti istituti»; simile l'atteggiamento – denominato di *Disregard of Comparative Law*: M. SIEMS, *The End of Comparative Law*, in *2 J. Comp. L.*, 2007, p. 133 ss. – dei giudici Scalia, Thomas e Rehnquist della Suprema Corte degli Stati Uniti); W. GOETTE, *Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichen Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe*, in *ZfP*, 2006, p. 545; e, ancora di recente, nella dottrina comparatistica, oltre alle note posizioni “radicali” (propriamente, in senso lato, sui “limiti” della comparazione) di Markesinis (v. *supra*), K. RIESENHUBER,

op. cit., pp. 699 ss., 712 ss., 719 ss.; e mi pare anche P. SALES, *The Common Law: Context and Method*, in 47 *Law Q. Rev.*, 2019, p. 47 ss., spec. p. 50; cenni pure in I. GARRIDO GÓMEZ, *Le droit comparé en lien avec les autres sciences juridiques*, in *Liber Amicorum C. Jeuffret-Spinosi*, Dalloz, Paris 2013, p. 429 ss. Meno di quanto si sarebbe portati a ipotizzare, nella giurcommerciale, il dibattito sulla funzionalità ermeneutica della comparazione viene collocato e condotto nell'ambito delle discussioni sulla cosiddetta specialità ermeneutica del diritto societario e/o, più in generale, nel dibattito sulla cosiddetta specialità del cosiddetto metodo ovvero dei cosiddetti metodi del diritto commerciale (e/o del diritto societario). In particolare, nel primo caso, meno di quanto si potrebbe essere indotti a supporre, la propensione o meno ad avvalorare la finalizzazione ermeneutica (nella specie dell'impiego interpretativo) della comparazione connette le sue sorti, teoriche e/o pratiche, alla disponibilità a riconoscere o meno (ovvero a riscontrare o meno), di là dell'esistenza di regole della legge interpretativa tipizzate ed eventualmente gerarchizzate, a una specialità delle tecniche di significazione ermeneutica delle discipline di diritto societario, a loro volta dipendente (*id est*, fatta dipendere) da loro peculiari caratteristiche [sotto il profilo, tra l'altro, delle esigenze teleologiche di vertice accumulanti queste discipline: e, nell'ermeneutica giuridica tedesca, uno spunto di tale potenzialità di specialità penso si possa rintracciare, scorrendo della *topische Denkhaltung*, in J. ESSER, *op. ult. cit.*, p. 157] giustificanti la parziale deviazione (in senso integrativo e/o di ridefinizioni delle relative modalità esplicative) dalle regole delle leggi interpretative. Nel secondo caso, meno di quanto si potrebbe essere inclini a presumere, la finalizzazione ermeneutica della comparazione dipende dagli orientamenti assunti sulla questione (per inciso, nemmeno in Germania, così specificamente discussa, come si sarebbe portati a pensare: cfr. P. MÜLLBERT, *Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, in *AcP*, 2014, p. 299, il quale evidenzia una sorta di „*laxere*“ *Methodenmoral* nel/per il diritto societario) della cosiddetta specialità o meno dei metodi (in particolare) del diritto societario (cosiddetto *Methodenpluralismus*), la quale potrebbe essere fatta discendere, a sua volta, dalla circostanza che il «Gesellschaftsrecht unterscheidet sich in Stil und Reichweite der Rechtsfortbildung qualitativ vom Allgemeinen Zivilrecht» (così P. MÜLLBERT, *op. loc. cit.*): e su cui v., nell'esperienza tedesca, tra altri, diffusamente, sempre P. MÜLLBERT, *op. cit.*, p. 188 ss. [in particolare, pp. 197 ss., 203 ss., 207 ss., 282 ss., 291 ss.: dove, tra l'altro, la rilevazione della pragmatica giudiziale ermeneutica nel diritto societario (inclusa la diffusione della cosiddetta *Rechtsfortbildung contra legem*; su cui, in termini di teoria generale dell'interpretazione, valido ancora J. PÖYHÖNEN, *Auslegung contra legem als ein dekonstruktives Spiel von Regeln und Prinzipien im Recht*, in *Rechtstheorie*, 1989, p. 21 ss.); e la duplice attestazione che «die klassischen ‚anerkannten‘ Methoden sind das methodische Rüstzeug auch im Gesellschaftsrecht» e che «neuere rechtsanwendungsbezogene Forschungsansätze- explizite Folgenorientierung, ökonomische Analyse- haben bislang hingegen keinen Niederschlag in der Judikatur gefunden»]; L. KLÖHN, W.-H. ROTH, G. WAGNER, H.-P. WESTERMANN, *Müllberts Referat*, in *AcP*, 2004, pp. 304 ss.; W. GOETTE, *Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, in *RabelsZ*, 2013, p. 309 ss.; R. STÜRNER, *Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik- zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?*, in *AcP*, 2014, p. 7 ss., spec. pp. 28 s. e 44 ss.; cfr., altresì, H. FLEISCHER, *Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs*, in *Festschrift für W. Goette zum 65. Geburtstag*, C.H. Beck, München 2011, p. 75 ss.; sinteticamente, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 249 s. Per il dibattito sul cosiddetto metodo del diritto commerciale, in Italia, v., nella più recente produzione, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto*

essere questa funzione.

In particolare, come appena sopra anticipato, l'esistenza di un dibattito e il suo stato o stadio pre-paradigmatico sulla funzione ovvero sulle funzioni ermeneutiche della comparazione di/tra diritti nazionali è apprezzabile, a oggi (*rectius*, nei tempi moderni e contemporanei), con riguardo sia ad altre esperienze⁵⁰, sia, volgendo attenzione alla nostra, alla dottrina del diritto comparato e a parte di quella civilistica⁵¹. All'opposto, un autentico dibattito, con concorrenza, dialogo e confronto di tesi nettamente professate, senza prevalenza e dominanza di alcuna ovvero con prevalenza e dominanza di una sulle altre oppure di alcune su altre, è assente nella nostra moderna e attuale dottrina giuscommercialistica.

Sì che, a oggi, se si eccettuano prese di posizioni isolate⁵², la

commerciale, cit., *passim*; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., *passim*; ID., *Appunti*, cit., p. 37 ss.; C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, *passim*; ID., *In tema di "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 7 ss.; P. SPADA, "Ricommercializzare" o "legittimare" il diritto commerciale. *Cenni conclusivi*, *ivi*, p. 95 ss.; F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, *passim*. Mi preme solo osservare, con L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Giuffrè, Milano 2011, p. 179 ss. (ma l'osservazione non può non fare venire in mente, ancora una volta, T.S. KUHN, *op. ult. cit.*, in particolare, pp. 10 ss., 23 ss., 52 ss. e 66 ss.), che «segno immanicabile che una scienza si trova in crisi è l'insorgere di discussioni sopra il metodo e gli strumenti di lavoro da esso apprestati. Solo in tempi normali, quando la loro coscienza non è inquieta e non li spinge a interrogarsi sul senso del loro lavoro, gli addetti a una scienza applicano i loro metodi e li tramandano con l'ausilio di casi applicativi, senza farli esplicitamente oggetto di riflessioni e trattazioni teoriche».

⁵⁰ Emblematiche le varianti terminologiche di cui si continua ad avvalere la dottrina civilistica e la teoria generale del diritto tedesche; varianti che riflettono la differente portata e stringenza accordata a tale funzione da chi pur ne ammette qualcuna: *Auslegungskriterium* o *Auslegungsmethode* (P. HÄBERLE, *op. loc. cit.*), *Interpretationsmethode* (K. ZWEIFERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RebelsZ*, 1949, I, p. 5 ss.), *Spielart der systematischen Auslegung* (S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Mohr, Tübingen 2001, p. 43), modalità di esplicazione della *objektiv-teleologische Auslegung* (F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Wien-New York 1982, p. 461), *eine wichtige rationalitätssteigernde Funktion* (F. REIMER, *Juristische Methodenlehre*, Nomos, Baden-Baden 2016, p. 189), *Argument oder Argumentform* (R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, II ed., Suhrkamp, Frankfurt M. 1991, p. 294 s.), *Argumentation* (T. COENDET, *op. cit.*, pp. 128 ss., 132 ss. e 164 ss.: con valorizzazione della comparazione nella *Pragmatologie* dell'argomentazione giuridica risalente al neologismo di J. Deridida); ulteriori spunti critici in T. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, II ed., C.H. Beck, München 2019, pp. 266 ss. e 503; sommaria ricognizione in R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 263 s.

⁵¹ Sebbene ancora nel 1980, G. TARELLO, *op. cit.*, p. 375, nt. 75, sentenziasse che «la letteratura specifica sull'argomento [comparatistico] è poco recente e non interessante».

⁵² A. MAZZONI, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv.*

giuscommercialistica italiana continua a vivere una doppia eclatante estraneità: estraneità all'elaborazione e allo sviluppo di un dibattito, al proprio interno, sul cosiddetto metodo comparatistico⁵³ e, in particolare, sulla funzione ovvero sulle funzioni ermeneutiche della comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell'Unione europea, generando l'impressione di considerare tale dibattito irrilevante, marginale ovvero scontato negli esiti; ed estraneità alla partecipazione al dibattito della dottrina comparatistica e di quella civilistica su tali "metodo" e funzione, non si comprende, in questo caso, se per noncuranza, per diretto riflesso dell'assenza di un dibattito al proprio interno oppure per una sorta di convinzione d'inadeguatezza e arretratezza rispetto ai dibattiti maturati e attivi al proprio esterno.

Aggiungerei una ulteriore doppia eclatante estraneità, cui già ho accennato: salvo anche qui eccezioni⁵⁴, essa riguarda l'elaborazione e lo sviluppo di un

soc., 2001, p. 860 ss. (ove l'affermazione che «il diritto commerciale italiano è stato ed è tuttora aperto al diritto comparato; non è stato invece – e non sembra tutt'ora incline a voler divenire – universalista»: p. 862); V. CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *RDS*, 2012, II, p. 255 ss.; G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 325 ss.; D. CORAPI, *Diritto commerciale comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 167 ss.; e v. pure, sebbene in estrema sintesi, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 12, nt. 20; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 14, nota 28; C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Egea, Milano 2010, p. 197, testo e nt. 11; ID., *In tema di metodo*, cit., p. 395 ss.; cenno pure in M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, p. 1190 ss. Risalendo: cfr., seppure non con teorizzazioni, T. RAVÀ, *Esame comparato di alcune questioni fondamentali in materia di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 294 ss.

⁵³ Terminologia, invero, non unanimemente condivisa e praticata.

⁵⁴ E v. già M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 23 ss.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., pp. 23 ss. e 26 ss. Dopo il 1942 (anteriamente, v. oltre), soprattutto, almeno per me, oltre ovviamente a Ascarelli (v. *supra* e *ultra*), G. CASTELLANO, Recensione a G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, UTET, Torino 1965, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 609 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 15 ss.; ID., *Persona giuridica e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., p. 243 ss.; A. GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 253 ss.; G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, *ivi*, 1968, I, p. 347 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, in *Riv. soc.*, 1969, p. 825 ss.; M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I – *Teoria generale e filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1991, p. 385 ss.; ID., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1 ss.; G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 183 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, Giuffrè, Milano 2010, p. 3 ss.; nonché, nel recente (ma anche questo, nella nostra giuscommercialistica, non ancora

dibattito, nel proprio ambito disciplinare, sulla teoria dell'interpretazione normativa (e pure questa estraneità è risalente⁵⁵), con riferimento anche alla questione della possibile identificazione e adozione di modi interpretativi⁵⁶

diffusamente sviluppato) dibattito su principi e clausole generali, M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano 2001, p. 113 ss.; ID., *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2018, II, p. 1 ss.; F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., p. 25 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, *ivi*, p. 579 ss.; C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss.; significativi spunti, tra altri, anche in C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015, p. 1251 ss.; ID., *In tema di metodo*, cit., *passim*; cfr. anche V. CARIELLO, *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 36 ss.; ID., *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione orientate alle conseguenze e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 309 ss.; cui addde E. SIMONETTO, *Interpretazione giurisprudenziale e suoi elementi rilevanti: giuridico, psicologico, linguistico e suoi risultati e margini di errore e deviazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 103 ss.; E. MARCHISIO, "Spaccare il capello in quattro". *Interpretazione del diritto (commerciale) e figure retoriche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 404 ss.; E. BERTACCHINI, *Ermeneutica giuridica e tendenze evolutive nel diritto dell'impresa*, (I parte) e (II parte), in *Contr. impr.*, 2006, pp. 397 ss. e 1034 ss.

⁵⁵ D'altronde – a evidenziarlo è ancora, di recente, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 6; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 7 – il *Methodenstreit* che squassa la dottrina giuridica tedesca a cavallo tra il XIX e il XX secolo suscita maggiore attenzione nella dottrina civilistica e nella filosofia del diritto, minore in quella commercialistica (con le eccezioni, soprattutto, di Vivante, A. Scialoja, Mossa, Ascarelli).

⁵⁶ Pure in tal caso, rinviando, per maggiori dettagli esplicativi, a V. CARIELLO, *Comparazioni*, cit., tali così denomino tecniche di significazione di testi normativi le quali, sebbene non catalogate e da non catalogare (per unanime ovvero diffuso consenso degli interpretanti ovvero anche solo per il singolo interpretante) come autentiche autonome regole della legge interpretativa di un dato sistema giuridico ovvero come varianti applicative di queste regole (e, pertanto, nemmeno come "modo/i di essere/modalità esplicativa/e" di una regola ovvero di regole della legge interpretativa), risultino nondimeno legittimamente praticabili e praticati, con maggiore o minore credito, con maggiore o minore ricorrenza in ragione delle epoche storiche, con maggiore o minore ricorrenza in relazione a differenti ambiti disciplinari. Aggiungo – ma si evince da quanto ho appena affermato – che "un modo di essere/una modalità esplicativa" di una regola della legge interpretativa non è, nella mia accezione, modo interpretativo. E neppure "un modo di essere/una modalità esplicativa" di un modo interpretativo coincide con quest'ultimo. Inoltre: dove finisce una regola della legge interpretativa non necessariamente inizia un modo interpretativo [il che equivale ad affermare: non necessariamente ciò che una regola della legge interpretativa non può dire, lo si può fare dire a un modo interpretativo; meglio ancora, credo: se una regola non è il "linguaggio giusto" (v. dopo e V. CARIELLO, *op. ult. cit.*) per fare parlare un testo normativo, non necessariamente lo è un modo interpretativo]. Più precisamente, e sempre con rinvio, per maggiori dettagli,

“propri” del diritto commerciale e/o di privilegiato impiego, e secondo specifiche modalità, di alcune (piuttosto che di altre) regole di ermeneutica normativa fondate e legittimate da leggi interpretative⁵⁷ (e che denominerò

a V. CARIELLO, *op. ult. cit.*, intendo per regole della legge interpretativa le regole, “scritte” e “non scritte”, di significazione normativa, se e purché diffusamente (vale a dire, con portata dominante) accolte e praticate in un sistema giuridico nazionale: a prescindere, pertanto, dalle fonti della legge dell’interpretazione, vale a dire (i) a prescindere che tali regole siano contenute in disposizioni di legge e (ii) purché siano acquisite nel e proprie del sistema, sia in assenza di disposizioni che le incorporano, sia accanto ma oltre tali disposizioni. Subito si coglie che né denomino “leggi interpretative” quelle che, comunemente, vengono così chiamate (G. TARELLO, *op. cit.*, p. 241); né includo tra le “leggi interpretative” solo quelle oggetto di specifica disposizione legislativa. Nel contempo, con altrettanta immediatezza, si può apprezzare che la proposta accezione di “leggi interpretative” tiene assieme, da una parte, la dicotomia “regole scritte” (in quanto legislative, vale a dire provviste di fonte legislativa) – “regole non scritte” (perché non legislative, vale a dire prive di fonte legislativa, ma pur sempre validate quali legge dell’interpretazione di un determinato sistema giuridico: in questo senso mi pare, sempre per la nostra migliore letteratura specialistica, per tutti, R. SACCO, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Aggiornamento 2012, pp. 617 e 619); dall’altra, a seconda del sistema giuridico, la (seppur non senza contrasti) accreditata convinzione che anche i sistemi giuridici sprovvisti di regole interpretative scritte vivono e agiscono sotto l’impero di leggi interpretative: pure in questi sistemi l’interpretazione normativa non è «solo questione di linguaggio», ma è “dominata dalla legge”, da *preexisting rules* del diritto (da cui la formazione dei linguaggi interpretativi non può prescindere), non (solo) del linguaggio cosiddetto ordinario (esemplificativamente, cfr. W. BAUDE, S.E. SACHS, *The Law of Interpretation*, in 130 *Harv. L. Rev.*, 2017, p. 1081 ss., spec. pp. 1082 ss., 1093, 1098, 1104 ss., 1107 s., 1121, dove le essenziali citazioni). Mentre altri potrebbero essere propensi a discorrere di singoli tipi ermeneutici, ognuno dei quali inclusivi di “regole” e “modi” distinti da quelli di altro tipo ermeneutico, e all’interno di ognuno dei quali identificare prototipi o archetipi ermeneutico. A ogni modo, mi pare che ogni dibattito sui “limiti della libertà ermeneutica” dell’interpretante, prima o poi, incroci, latamente o meno, direi forse d’istinto, la questione se l’ermeneutica normativa sia “attività”, “processo”, “progetto”, “opera”, “lavoro” esclusivamente tipici ovvero anche (ma in che limiti è poi da stabilire) atipici; o addirittura, potrei affermare che tale questione implicitamente preesita a questi dibattiti ovvero, in prospettiva ribaltata, ne sia l’immancabile approdo di sostanza, dovendosi però chiarire in che senso si debba preferibilmente intendere “l’essere tipica ovvero anche atipica” dell’interpretazione normativa. Perché, a mio avviso, più che di “criteri”, “canoni”, “regole”, “modi”, “tecniche significanti ovvero di significazione” (e via nominando) di ermeneutica normativa “tipici” e “atipici”, mi pare preferibile discorrere, appunto, del suo (dell’interpretazione come tale) potere ovvero dovere “essere tipica ovvero anche atipica”. A propria volta, la dicotomia può investire i linguaggi interpretativi (tipici/ tipizzati ovvero atipici). Nell’essere, dell’ermeneutica normativa, tipica o anche atipica è comunque inclusa una regola di selettività, non soltanto tra l’essere tipica ovvero atipica, ma pure tra l’essere (quanto meno) atipica e il non essere nemmeno tale (e, quindi, il non essere attività interpretativa in alcun modo).

⁵⁷ Successivamente al 1942, il ricorso, nell’interpretazione di testi normativi del diritto commerciale, ad alcune *regole della legge interpretativa*, piuttosto che ad altre (*id est*, particolare forza e tenuta ermeneutica di alcune regole in luogo di altre), ad alcuni *modi interpretativi*

regole della legge interpretativa); ed è estraneità che pertiene, altresì, alla partecipazione al dibattito, animante la civilistica e la filosofia del diritto, sulla teoria dell'ermeneutica normativa (e, in particolare, all'imprescindibile consapevolezza e conoscenza, anche ove poi se ne prendessero le distanze, dei "movimenti del pensiero" della filosofia del linguaggio)⁵⁸.

preferibilmente che ad altri è teorizzato ovvero appurato, ad esempio, da G. TARELLO, *op. cit.*, pp. 368, 400 s. (con attestazione trasversale tra esperienze giuridiche; e sulla necessità di spiegare il fenomeno della "storia delle interpretazioni", del loro succedersi le une alle altre, v. L. CORTELLA, *op. cit.*, p. 43); ma v. già, implicitamente, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., p. XV («proprio la costruzione degli istituti del moderno diritto degli affari ... rileva la necessità dell'elaborazione di schemi logici nella cui mancanza non potrebbero essere raggiunti risultati, pur ritenuti desiderabili»). Vigente la separazione codice civile codice di commercio, ma con riflessione che non pare connessa a eventuale distinzione disciplinare delle leggi interpretative, A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in ID., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, I, Società editrice del Foro Italiano, Roma 1933, p. 86 («è certo dunque che, accanto alla teoria generale dell'interpretazione, che applica i canoni di logica a tutte le norme giuridiche, considerate nei loro caratteri comuni ..., vi sono tante speciali teorie dell'interpretazione, per ciascuno dei grandi rami del diritto: per il diritto civile, per il diritto commerciale, per il diritto penale, per il diritto amministrativo, per il diritto costituzionale, per il diritto finanziario e ... per il diritto processuale. Compito di ciascuna di queste teorie speciali è di desumere dalla natura dei rapporti regolati, le caratteristiche comuni a tutte le norme appartenenti alla parte del diritto, di cui si tratta, ottenendosi così, da tali nuovi e particolari elementi, più determinati criteri di interpretazione; di procedere inoltre, nel senso di ciascuna grande categorie di norme, alla determinazione di altre categorie più piccole, aventi nuovi elementi comuni caratteristici, atti a fornire criteri interpretativi anche più determinati»; ma anche p. 76 ss., con opposizione alle tesi propuginate in Italia, sulla scia di dottrina tedesca, da V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Studi in onore di F. Schupfer, Diritto "odierno"*, UTET, Torino 1898, p. 303 ss.); v. pure F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1909, p. 19 («il diritto commerciale non può essere interpretato con gli stessi criteri del diritto civile. L'indole delle relazioni commerciali, gli scopi economici dell'attività mercantile sono così varii, così multiformi, così rapidamente mutevoli, che determinano una speciale di duttilità nel regolamento dei rapporti giuridici, di cui l'interpretazione deve tener conto, per coordinare ad essi, per quanto è più largamente possibile, le disposizioni della legge scritta»). V. però, A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale (Appunti per un trattato generale)*, Bertero, Milano 1907, pp. 62 e 66 ss. (le regole speciali per l'applicazione e l'interpretazione del diritto commerciale si desumono dalla posizione di quest'ultimo nel sistema del diritto privato di fonte al diritto civile: l'art. 3 c.c. vale anche per il diritto commerciale, salvo che non risulti derogato dall'art. 1 cod. comm.).

⁵⁸ Cfr., ancora, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 25; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 28. Non sono convinto che la ritrosia della assoluta maggioranza della dottrina giuscommercialistica italiana a contribuire all'elaborazioni di teoria dell'ermeneutica normativa affondi, nascostamente, le sue primigenie radici nell'accoglimento (e sia di ciò la conseguenza), salvo eccezioni, di quanto ebbe a indicare, programmaticamente, a dieci anni dalla fondazione della *Rivista del diritto commerciale* A. SRAFFA, *La riforma della legislazione commerciale e la funzione dei giuristi*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, pp. 1015 ss. e 1021 s. Questi, dopo avere riconosciuto che Vivante e la sua scuola giuridica ha sottoposto

«tutti, si può dire, i testi di legge al tormento dei più raffinati metodi di interpretazione», scriveva: «convien domandarci se questo compito della interpretazione del diritto positivo non sia prossimo ormai all'esaurimento e se l'attività dei commercialisti non debba spiegarsi, più proficuamente, in un'altra direzione. Convien domandarci cioè se non sia giunto il momento per i cultori del diritto commerciale di dedicare una parte della loro attività scientifica all'opera di riforma legislativa, e se non sia opportuno richiamare a questo studio le giovani energie di coloro che saranno i giuristi di domani». E ciò, continuava Sraffa, giacché «per la scarsa adattabilità delle norme positive alle nuove forme ed ai nuovi atteggiamenti dei fenomeni economici, la interpretazione e l'applicazione di esse vanno sempre più perdendo di importanza e di dignità scientifica La sminuita importanza dell'interpretazione dipende principalmente da due cause: dalle difficoltà che la ricerca dogmatica incontra nel campo del diritto commerciale, per la speciale natura delle norme che lo compongono, e dal disseccamento di una sua grande fonte, gli usi La minore rilevanza della funzione dell'interprete dipende, necessariamente, dalla natura stessa del diritto commerciale. Si tende generalmente a riconoscere che il diritto commerciale è diritto commerciale di fronte al diritto civile, ed in conseguenza si è rilevato che il diritto commerciale è un diritto eminentemente frammentario e pieno di lacune. Di qui la maggiore difficoltà della ricerca dogmatica nel nostro campo [con citazione di A. Rocco]». Per il giurista pisano «la dottrina e la giurisprudenza si trovano, nel campo del diritto commerciale, a disporre di uno strumento di indagine estremamente delicato, difficile da maneggiare e, occorre aggiungere, assai pericoloso, che acuisce e aggrava le difficoltà e gli inconvenienti delle costruzioni giuridiche. Per effetto di questa particolare condizione di cose le norme del diritto commerciale più difficilmente producono, attraverso lo sforzo della giurisprudenza, quelle nozioni, ossia quei larghi principi per mezzo dei quali la legge si espande quasi naturalmente e la giurisprudenza – pur senza uscire dal campo fissato dalla costituzione, secondo il principio sancito dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile, e quindi senza creare diritto – dà opera alla evoluzione giuridica, prima ed all'infuori dell'attività legislativa In questa condizione di cose, la necessità di rendere più consapevole, più metodica, più scientifica la preparazione del diritto futuro si impone per un doppio ordine di motivi, perché la diminuita importanza dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto positivo lascia ormai largo margine all'attività dei giuristi per la elaborazione della riforma legislativa». Dal canto loro, queste stesse affermazioni di Sraffa (come pure la circostanza che, nei compiti "assegnati" al giurista, egli non menzioni lo studio della comparazione, neppure rispetto alle riforme legislative: cfr. p. 1022; non invece nello stesso senso, se ben intendo l'esatto tenore del riferimento, il richiamo di L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 233), a prima vista, sembrerebbero accreditare, tra l'altro, l'affermazione secondo la quale «Sraffa e Vivante non intendevano nullamente dar vita ad una rivista di comparazione giuridica; il loro cosmopolitismo era al servizio della trattenuta passione riformatrice che li animava, e non d'altro. L'attenzione per il dato giuridico straniero era dunque funzionale ad un progetto riformatore ed ammodernatore del diritto patrio e ne costituiva per così dire una componente essenziale» [A. GAMBARO, *I primi anni*, cit., p. 52; concorda con la valutazione su «certe ingenuità di tale cosmopolitismo (che non è ancora comparazione giuridica nella concezione moderna)» P. MARCHETTI, *L'eredità di Angelo Sraffa*, in P. MARCHETTI, M.A. ROMANI (a cura di), *Angelo Sraffa*, Università Bocconi Editore, Milano 2009, p. 128, nota 16 (ma v., subito prima, p. 127 s.; cfr. però I. BIROCCHI, *L'età vivantiana: tra Sraffa e Rocco, giovani commercialisti crescono (Mossa e Asquini dalla formazione alla cattedra, 1909-1921)*, in *'Non più satellite'*, cit., p. 180, rimarcando la

«attenzione [della Rivista] verso la giurisprudenza, le consuetudini e le leggi – anche in ambito internazionale e con una proiezione comparatistica»). Ora, questa valutazione, come pure quella che dovesse esprimere una “svolta anti ermeneutica” della *Commerciale*, non persuadono. Quanto alla prima (cosmopolitismo *versus* comparativismo), non solo e non tanto perché il programma della *Rivista* espressamente decretava che «il diritto commerciale è una disciplina che al pari del commercio da cui deriva, si sviluppa con una collaborazione internazionale di leggi e di dottrine. L'essenziale omogeneità della vita commerciale si riflette nel diritto che la governa; non vi ha legge straniera che non possa servire di punto d'appoggio a un ulteriore progresso della legislazione nazionale, e spesso i risultati della giurisprudenza straniera, per esempio, in materia di cambio, di società anonime, di navigazione, possono risparmiare faticose e contraddittorie esperienze alla giurisprudenza italiana. Perciò attingeremo alle leggi e ai giudicati dei Paesi che sono a capo del progresso civile per agevolare colla loro autorità razionale l'opera dei nostri giuristi». Ma anche e piuttosto perché, *per un verso*, è ampiamente dimostrabile (v. dopo) che la *Commerciale* (nonostante l'avviso secondo il quale «verso gli anni Dieci sembra prevalente la considerazione del ruolo centrale del legislatore nel dare forma a un diritto commerciale al passo con i tempi»: I. BROCCHI, *op. cit.*, p. 190) diede seguito all'indicazione programmatica di funzionalizzazione interpretativa del diritto giudiziale (ma anche dottrinale) straniero, non limitandosi a promuovere unicamente la finalizzazione legislativa del dato comparatistico (e ciò anche per la spiccata attenzione che la *Rivista*, in linea con le inclinazioni di Vivante – e non solo – riservò sempre alla «conoscenza della struttura tecnica e della funzione economica degli istituti di diritto commerciale» e al «senso delle esperienze pratiche del diritto»: A. ROCCO, *La scienza*, cit., p. 300; mentre suona eccessiva, nel contempo, l'affermazione di F. MESSINEO, *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, in *Annuario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, Vita e Pensiero, Milano 1930, p. 55, per il quale la comparazione non fu mai orientata in funzione di riforme legislative), nella piena e dichiarata consapevolezza della delicatezza e difficoltà del “fare comparazione” (v. dopo). *Per altro verso*, è altrettanto ben verificabile (cfr. sempre oltre) che la *Commerciale*, anche nel suo primo decennio di vita (diversamente da quanto afferma Gambaro), non si ridusse, nello sguardo al diritto straniero, in una Rivista puramente (nell'accezione negativa praticata) cosmopolita, nel senso che la sua “cifra” non fu il cosmopolitismo piuttosto che la comparazione (o, se si vuole, un cosmopolitismo non comparatistico o comparativo; altro sarebbe affermare, si badi, che non tutte le analisi rivolte anche al diritto straniero ospitate nella *Commerciale* fossero indenni da cosmopolitismo non comparatistico, il che certamente fu invece caratteristica di alcuni, ma a mio avviso l'assoluta minoranza, contributi e, comunque, non di quelli più rilevanti: ma questo è vero anche oggi, in tempi che dovrebbero essere di ormai piena consapevolezza della distinzione tra mero cosmopolitismo e autentica comparazione, e in ogni rivista del settore giuscommercialistico). Al contrario, in numerosi contributi ospitati, la *Rivista* diede prova, con continuità, di comparazione sufficientemente avveduta e criticamente selezionata, non sempre per promuovere interpretazioni di diritto interno convergenti con orientamenti normativi e/o ermeneutici stranieri. Nondimeno frettoloso sarebbe sentenziare che la *Commerciale* aderì, dopo il 1913, alla presunta “svolta anti-ermeneutica” caldeggiata da Sraffa (e sebbene si possa riconoscere l'esistenza di una tradizione culturale, quella collocata nel transito tra Ottocento e Novecento, caratterizzata da «una qualche reticenza nell'affrontare in termini teoricamente impegnativi il problema ermeneutico» – P. COSTA, *op. cit.*, p. 414 –, mentre l'epoca successiva, quella dei primi venti anni del Novecento, fu caratterizzata proprio da un'impostazione del problema ermeneutico normativo: *ivi*, p. 412

ss.), con correzione del tiro iniziale e virando verso una rivista esclusivamente “organo” [secondo la terminologia adottata sia dal programma fondativo della *Rivista di diritto civile* (in *Riv. dir. civ.*, 1909, I, p. 1 s.: vi sono riviste speciali «che esercitano assai bene la funzione di organi di altri rami del diritto o della storia giuridica»), sia dal rinnovato programma della Direzione della medesima *Rivista* messo a punto nel 1939 (in *Riv. dir. civ.*, 1939, I, p. 1: la Rivista è «organo idoneo a promuovere e coordinare il necessario movimento di idee»)] di riforme legislative (impressione che, magari, parrebbe rafforzata, proiettandosi oltre più di vent’anni dopo, dalla lettura del *Congedo* di C. Vivante, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, p. 1 s.); e, pertanto, con presunta trascuratezza per l’elaborazione interpretativa del diritto vigente ed emarginazione di contributi alla teoria dell’interpretazione. Quanto ad A. Sraffa, se si può condividere, ma in linea di massima, che la sua «dogmatica ... guardava alla pratica ed era debolmente retta dall’indagine storica», altrettanto condivisibile è che fosse solo «apparentemente scarso l’interesse per il dibattito sul metodo e sul rapporto con gli altri rami del diritto»: I. BIROCCHI, *op. cit.*, p. 177 s. A me pare che – a parte considerare la riflessione di carattere generale secondo la quale «le inquietudini ‘riformatrici’ [fecero] emergere atteggiamenti che avrebbero contestualmente influenzato anche il terreno specificamente ermeneutico» (P. COSTA, *op. cit.*, p. 398) – le indicazioni di Sraffa si tradussero sì in una accentuazione dello sforzo riformatore della *Commerciale* (e, d’altronde, non avrebbe potuto essere, e per fortuna, diversamente), ma senza mai perdere di vista la funzione di “orientamento ermeneutico” sul diritto vigente (anche per il diritto a venire) che sempre la sorresse: basta passare in rassegna l’“impegno ermeneutico” di molteplici contributi dal 1913 al 1942, profuso sia su questioni “di sistema”, sia su problemi particolari: a titolo meramente esemplificativo, cfr. G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 41 ss.; F. FERRARA, *Capacità delle persone giuridiche e sue limitazioni*, *ivi*, 1914, I, p. 327 ss.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche*, *ivi*, p. 488 ss.; G. BONELLI, *Sulla teoria del conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 825 ss.; ID., *Comunione e quota*, *ivi*, 1923, I, p. 1 ss.; L. MOSSA, *L’inefficacia della deliberazione dell’assemblea nelle società per azioni*, *ivi*, 1915, I, p. 442 ss.; ID., *Studi sugli usi commerciali*, *ivi*, 1922, I, p. 557 ss.; ID., *Volontà e dichiarazione nella creazione della cambiale*, *ivi*, 1930, I, p. 6 ss.; ID., *La dichiarazione cambiaria*, *ivi*, I, p. 305 ss.; ID., *La girata e la cessione della provvista nel diritto cambiario*, *ivi*, 1931, I, p. 3 ss.; ID., *Società interna e responsabilità esterna*, *ivi*, 1939, I, p. 32 ss.; A. ROCCO, *Saggio di una teoria generale degli atti di commercio*, *ivi*, 1916, I, p. 84 ss.; ID., *Ancona per una teoria generale degli atti di commercio*, *ivi*, 1924, I, p. 113 ss.; A. SRAFFA, P. BONEFANTE, *Società in nome collettivo tra società anonime?*, *ivi*, 1921, I, p. 609 ss.; ID., *Società anonime in fraudem legis?*, *ivi*, 1922, I, p. 652; T. ASCARELLI, *I debiti in moneta estera e l’art. 39 del cod. di comm.*, *ivi*, 1923, I, p. 444 ss.; ID., *La letteralità nei titoli di credito*, *ivi*, 1932, I, p. 238 ss.; ID., *Lastrattezza nei titoli di credito*, *ivi*, I, p. 385 ss.; ID., *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, *ivi*, I, p. 511 ss.; ID., *Concetto e categorie dei titoli di credito*, *ivi*, I, p. 642 ss.; ID., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, *ivi*, 1934, I, p. 725 ss.; M. ROTONDI, *L’azione di arricchimento*, *ivi*, 1924, I, pp. 374 ss. e 505 ss.; ID., *La nozione giuridica di azienda*, *ivi*, 1930, I, p. 31 ss.; ID., *Il pegno di azienda*, *ivi*, I, p. 789 ss.; C. VIVANTE, *Il contratto di riporto*, *ivi*, 1925, I, p. 99 ss.; M. ALLARA, *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, *ivi*, 1929, I, p. 410 ss.; F. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, *ivi*, I, p. 512 ss.; E. BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, *ivi*, I, p. 550 ss.; P. GRECO, *La società di “comodo” e il negozio indiretto*, *ivi*, 1931, I, p. 757 ss.; W. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, *ivi*, 1934, I, p. 698 ss.; ID., *Falso nella firma del delegante e del traente*, *ivi*, 1938, I, p. 366 ss.; A. SRAFFA, *Sulla responsabilità diretta dei così nelle società com-*

Queste coppie di duplice estraneità, a mio avviso, si saldano e si alimentano a vicenda (in posizione opposta alla saldatura di attenzione teorica tra comparazione e interpretazione che, grazie al raggiungimento di una relazione di «reciproca circolarità» tra comparazione e interpretazione⁵⁹, connotò la fase finale del pensiero ascarelliano⁶⁰); seppure, più precisamente, la diffusa disattenzione per la teoria della comparazione sembri innestarsi, e svolgersi in parte come sua conseguenza, sull'abdicazione a prendere parte, con costanza e autonomia, al dibattito sulla teoria dell'interpretazione; e sebbene, nel contempo, questo condizionamento di carenza di teorizzazione ermeneutica sulla carenza di teorizzazione comparatistica non dipenda, a sua volta, necessariamente, dalla eventuale funzionalizzazione della comparazione alla produzione legislativa piuttosto che all'ermeneutica normativa⁶¹.

Di talché non mi pare agevolmente confutabile che oggi si perpetui, e forse si aggravi, eccetto qualche tentativo in controtendenza (e che, a sua volta, andrebbe affiancato, alimentato, supportato, incoraggiato e ulteriormente sviluppato), quella subalternità teorica della nostra giuscommercialistica ai dibattiti teorici della civilistica e della filosofica del diritto sull'interpretazione normativa e della dottrina comparatistica sulle cosiddette “funzioni” del diritto comparato. E difatti, persistono, anzi si accentuano e si aggravano, rispetto alla teoria della comparazione e alla teoria dell'ermeneutica normativa, quelle risalenti, ma affatto genetiche e connaturate, tendenze della dottrina giuscommercialistica «ad omologarsi a quella civilistica», a non costruire «un orientamento dottrinale atto a sfruttar[e] ... le potenzialità di sviluppo autonomo della metodologia giuscommercialistica», a porre «a sé

mercials, *ivi*, 1935, I, p. 1 ss; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, *ivi*, 1936, I, p. 346 ss. D'altronde, che la prospettiva fosse quella dell'abbinamento, e non della sostituzione delle questioni di riforma a quelle di interpretazione del diritto (allora) attuale, lo dimostra, altresì, mi pare, C. VIVANTE, *Congedo*, *ivi*, 1938, I, p. 1 s., là dove addita, come inclusi nel “nuovo” programma nuovi problemi di metodo e di contenuto, problemi *legislativi*, non solo *esegetici*. A dimostrare che l'attenzione della *Commerciale* alla teoria generale dell'interpretazione (per, sebbene non solo, il diritto vigente) non fu ridimensionata (almeno fino al 1942), è pure la centralità riservata a contributi di teoria generale (*id est*, di metodo, di interpretazione normativa e di comparazione) da Ascarelli: tra cui, spicca, T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, *ivi*, 1934, p. 1 ss. (in particolare, pp. 2 e 29 ss.).

⁵⁹ Compiutamente realizzato, probabilmente, solo nella fase più matura: A. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 641; v. oltre.

⁶⁰ V. dopo.

⁶¹ Non è infrequente, anche in altre esperienze, verificare la consapevolezza dell'intimo nesso avvincente teoria generale del diritto e comparazione: cfr., tra altri, I. GARRIDO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 424 ss. (la teoria generale del diritto come *culmination* dell'azione del diritto comparato e la teoria generale del diritto come dominante l'azione del diritto comparato).

obiettivi meno ambiziosi, abbandonando ... l'idea di potere svolgere un ruolo egemonico nell'ambito degli studi privatistici⁶², a rinunciare all'«ambizione di contribuire all'evoluzione, non solo teorica, ma anche concettuale, dell'intero diritto privato»⁶³; a non recuperare e fare fruttare, di là di generici e formali proclami di adesione (peraltro sempre più diluiti e assottigliati con il tempo), *sia* gli insegnamenti⁶⁴ soprattutto ascarelliani e bigiaviani⁶⁵ (nonché, dopo di loro, dei pochi che si sono impegnati e s'impegnano in riflessioni di teoria dell'interpretazione normativa e di teoria della comparazione⁶⁶); *sia* la memoria storica, impressa in quegli insegnamenti con maggiore ovvero minore evidenza e con diverso tasso di accoglimento, di più datate, ma pur ancora provviste di dignità di considerazione, teorizzazioni comparatistiche ed ermeneutiche di parte della nostra giuscommercialistica risalente ai primi trent'anni del secolo trascorso.

Sotto quest'ultimo profilo, sono convinto che si possa rivendicare, a pieno titolo, a Maestri "storici" della nostra disciplina di avere dato avvio a una non claudicante retta meditazione conoscitiva del diritto comparato anche ai fini ermeneutici; di avere prodotto, di là di proposte ovvero accenni di teorizzazione, esempi di non improvvisata e non episodica riflessione comparatistica, di non azzardata finalizzazione ermeneutica e legislativa della comparazione di/tra diritti nazionali; di avere stimolato e indirizzato alla conoscenza critica di (talune) esperienze; di avere mostrato immediata consapevolezza dell'arretratezza generale e dell'isolamento dei rari studi comparatistici italiani dell'epoca e di avere sensibilizzato, assieme a un impulso alla diffusione della sensibilità giuridica comparatistica, alla massima cautela nell'impiego nel diritto interno degli esiti della comparazione.

⁶² I virgolettati sono di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., pp. 16 e 23 s. (alla nt. 53, convincente confutazione del diverso giudizio di G. Pellizzi); ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 26.

⁶³ C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 398.

⁶⁴ Nella loro formulazione "conclusiva", tra gli Anni Cinquanta e Settanta del secolo trascorso.

⁶⁵ E sull'abbandono del "messaggio" di Ascarelli e di W. Bigiavi (ma pure di altra dottrina fondante la riflessione nella nostra disciplina) da parte di contemporanea e successiva giuscommercialistica italiana insiste, come già rammentato, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*

⁶⁶ Sempre in retrospettiva, e in tempi meno recenti, spunti di respiro generale interessanti, ad esempio e tra altri, in G. FRÈ, *Recenti mutamenti della dottrina, della giurisprudenza e della attività legislativa in tema di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 57; F. GALGANO, *Il costo della personalità giuridica*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 5 s., A. PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 826; e con specifico riguardo all'uso ermeneutico di diritto comparato, F. MARTORANO, *Considerazioni di diritto comparato in tema di limitazioni negoziali della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 416, nt. 2 *bis*. Per riferimenti ai contributi più strutturati e articolati, v. oltre.

E sono parimenti persuaso che, sempre all'epoca, un contributo fondamentale a tutto ciò fu dato, fin dai suoi esordi, dalla *Rivista del diritto commerciale*⁶⁷. Con l'aggiunta, la quale dovrebbe non essere necessaria, che, ai

⁶⁷ Contributo nettamente più consistente di quelli forniti da altre Riviste dell'epoca, inclusa la *Rivista di diritto civile* delle origini [la cui vocazione comparatistica, in effetti, non fu molto spiccata (cfr. *infra*; v. già G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto civile" dal 1909 al 1931*, in *Quad. fiorentini*, 1987, p. 628); mentre l'esigenza di una consistente apertura al diritto comparato caratterizzerà, successivamente, il "taglio" che M. Rotondi, uscito dalla *Civile* nel 1928, cercherà d'imprimere alla *Rivista di diritto privato* (1931): G. FURGIUELE, *op. loc. cit.*]. Nella *Civile*, venne evidenziata l'esigenza (per la disciplina civilistica) di una produzione scientifica nazionale, attesa l'eccessiva influenza prima francese e poi tedesca (*Il nostro programma*, cit., p. 2), ma con la precisazione che «non è una specie di nazionalismo della scienza che noi vogliamo instaurare: la nostra Rivista si terrà anzi lontana da ogni esclusivismo nazionale: i risultati degli studi e dell'attività legislativa degli stranieri vi troveranno larga ospitalità; ne è una prova il contenuto di questo primo fascicolo: ma l'influenza benefica, che nessuno può disconoscere a tutte le idee della scienza, a tutti i portati della pratica, da qualunque parte esse vengano, non basta a distruggere la necessità che la nostra scienza civilistica sia fondata su materiali italiani; sia opera di prodotti italiani». Nella successiva dichiarazione programmatica (in *Riv. dir. civ.*, 1931, I, p. 1), la Direzione (che aveva registrato l'ingresso di Pacchioni accanto ad Ascoli, Bonfante, Longo e Porro) osservava come, da alcuni anni, l'attenzione maggiore fosse stata rivolta alle riforme, parte in preparazione, parte compiute, «e non solo alle nostre, ma anche a quelle di altri Paesi e a quelle di portata internazionale». Nel 1939, la Direzione, integralmente rinnovata (Cicu, Maroi, Nicolò, Osti, Santoro-Passarelli), menzionava (in *Riv. dir. civ.*, 1939, I, p. 1 s.) il «legame ideale», il «collegamento ideale» con compiti originari, decretandone, tuttavia, il superamento e la sostituzione con nuovi compiti legati alla nuova codificazione, con «indirizzamento prettamente nazionale ... senza ignorare i contributi della dottrina straniera» e con sforzi intesi a «raccolgere l'apporto degli studiosi alla interpretazione delle nuove norme; promuovere il rinnovamento delle costruzioni dogmatiche sulla base del nuovo sistema positivo e dei principi che lo informano ...; seguire attentamente l'attività giurisprudenziale in quel delicatissimo periodo che segna il passaggio dalla vecchia alla nuova legislazione». Fino al 1942, la *Rivista di diritto civile*, da una parte, pur accogliendo certo taluni assai apprezzabili contributi di teoria generale (ad esempio, M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, I, pp. 105 ss., 209 ss., 417 ss.; G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, *ivi*, 1927, I, p. 225 ss.) e di respiro sistematico (in particolare, proprio di diritto societario: A. DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto, di atto complesso e di persona giuridica*, *ivi*, 1933, I, p. 256 ss.; ID., *Società e sinallagma*, *ivi*, 1937, I, p. 495 ss.; G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società*, *ivi*, I, p. 1 ss.; F. MESSINEO, *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, *ivi*, 1942, I, p. 65 ss.; cui *adde*, nell'ambito squisitamente civilistico, A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, *ivi*, 1939, I, p. 3 ss.), non mi pare, quantitativamente, resse il passo della *Rivista del diritto commerciale*; dall'altra, annoverò, sì, prese di posizione sulla comparazione dei diritti positivi (cfr., soprattutto, V. POLACCO, *op. cit.*, p. 111 s.; F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, I, p. 116 s.) e segnalazioni intese a invitare a essa (M. ROTONDI, *Per lo studio delle riforme legislative e del diritto comparato*, *ivi*, 1926, I, p. 169 ss.; F. VASSALLI, *op. cit.*, p. 109 ss.), ma, ancora una volta, in un panorama complessivo

tempi, si versava comunque in una fase di fondazione e accreditamento, non solo in Italia⁶⁸, degli studi comparativi e della comparazione giuridica⁶⁹; e che

della Rivista non davvero caratterizzato da loquacità comparatistica e, a ogni modo, non paragonabile alla militanza comparatistica della *Commerciale*.

⁶⁸ Sebbene all'estero (segnatamente, Francia, ma anche Germania), senza dubbio, si fosse più avanti, ma non solo della giuscommercialistica italiana, bensì di tutta la nostra scienza giuridica.

⁶⁹ Per tutti (oltre ai pioneristici lavori di K.J.A. Mittermaier): E. AMARI, *Della necessità e utilità dello studio della legislazione comparata*, manoscritto, Biblioteca Comunale di Palermo, 14 Qq 1d, prolusione letta il 10 novembre 1845 dell'anno VI, Corso IV [che ho potuto visionare, grazie alla cortesia del collega e amico Michele Perrino e della Biblioteca Comunale di Palermo; e su cui v. E. JAYME, *Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft*, in *Festschrift für K. Firsching zum 70. Geburtstag*, C.A. Beck, München 1985, p. 150; ID., *Diritto comparato e teoria del progresso*, in E. AMARI, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, a cura di G. Bentivegna, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, XVII (dove rilevazione delle somiglianze tra la prolusione di Amari e il saggio di E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeiten der Rechtsvergleichung*, in *Rheinische Zeitschrift für Civil- und Prozessrecht*, 1924, p. 279 ss.); su Amari v. pure G. BENTIVEGNA, *Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari*, Guida, Napoli 2003, p. 79 ss. (per Amari, tra gli obiettivi pratici del diritto comparato anche l'interpretazione del proprio diritto tramite il diritto straniero; non solo leggi ma anche le sentenze di diritto comparato assumono rilevanza nell'interpretazione); e ad Amari fu attento anche T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in ID., *Studi di diritto comparato*, cit., p. 6]; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, III ed., Hoepli, Milano 1888-1895, I, nn. 236, 250, 257 [e sull'essenzialità della sua pioneristica opera, anche negli esordi della scienza comparatistica, cfr. A. ROCCO, *La scienza*, cit., p. 293; cenno sull'attenzione posta da Vidari al diritto straniero come fonte del diritto commerciale in L. MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit., p. 237; v. altresì, più complessivamente, E. MURA, *L'orbita di un "pianeta luminosissimo". Verso l'autonomia scientifica del diritto commerciale*, in I. BIROCCHI (a cura di), *Non più satellite*, cit., p. 45 ss.; ID., *Tra i due codici. La giuscommercialistica italiana dopo il "Manifesto" di Vidari (18070-1882)*, ivi, p. 112 ss.; E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Cedam, Padova 2018; cfr. anche ID., *Ercole Vidari internazionalista. Dal magistero pavese alla collaborazione con l'Institut de droit international*, in *Historia et ius*, 2014, paper 8]; qualche anno più in là, sempre con un respiro generale, P. BONFANTE, E. RINCARUSI, *Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, in *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, Società Italiana per il Progresso delle Scienze, Roma 1917; P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1921, I, p. 233 ss. Per altre esperienze, da rammentare, quanto meno (tra i più e meno frequentati), R. SALEILLES, *Le droit commercial comparé*, in *Annales de droit commercial*, 1891, p. 217 ss.; ID., *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bull. de la Soc. de legisl. comp.*, 1900, p. 393 ss.; ID., *Rapport présenté à la Commission d'organisation du congrès de droit comparé de 1900*, in *Bull. de la Soc. de legisl. comp.*, 1900, p. 228 ss.; ID., *École historique et droit naturel*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, pp. 101 s., 106 e 109 ss.; ID., *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, p. 173; ID., *La fonction juridique du droit comparé*, in *Juristische*

nondimeno, in quei primordi della riflessione comparatistica, la più sensibile giuscommercialistica italiana – ben avvertita, nelle sue migliori espressioni, che «l'examen simultan e ou la juxtaposition» di legislazioni non fosse comparazione⁷⁰ e che «celui qui se familiarise avec plusieurs législations ne peut pas dire qu'il s'instruit dans la science du droit comparé»⁷¹ –, proprio anche (ma non solo) dalle pagine della *Rivista del diritto commerciale*⁷², ebbe chiari e addit o possibili obiettivi o “funzioni” della comparazione giuridica e suoi appropriati

Festgabe des Auslandes zu Joseph Kohlers 60. Geburtstag, F. Enke, Stuttgart 1909, p. 164 ss. (e tra le molteplici analisi della teoria comparatistica di R. Saleilles, v. quelle “particolari” di C.M. HERRERA, *Méthode et politique du droit. Remarques sur la conception de Raymond Saleilles*, in ID., *Raymond Saleilles. Y a-t-il vraiment une crise de la science politique?*, Dalloz, Paris 2012, pp. 6 e 19 ss.; J.-L. HALP ERIN, *Saleilles et les droits étrangers*, in F. AUDREN, C. CHÊNE, N. MATHEY-A. VERGNE (a cura di), *Raymond Saleilles et au delà*, Dalloz, Paris 2013, p. 159 ss.; A. ARAGONESES, *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los or enes del derecho comparado*, Editorial Dykinson, Madrid 2009); A. WEISS, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil*, in *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1900, p. 417 ss.; J. KHOLER, *Ueber die Methode der Rechtsvergleichung*, in *Zt. Priv.  ff. Recht der Gegenwart*, 1901, p. 273 ss.; ID., *Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1908, p. 192 ss.; E. LAMBERT, *op. cit.*, *passim* (come a tutti noto, tra l'altro, in opposizione – p. 30 ss. – alle tesi “riduttive” sulle *sources du droit* propugnate da F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris 1899); F. HAYEM, *L'étude du droit comparé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 334 ss.; H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles dans l'oeuvre juridique de Raymonde Saleilles*, Libraire A. Rousseau, Paris 1914, p. 67 ss.; L. WENGER, *Römisches Recht und Rechtsvergleichung*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1921, p. 50 ss.; E. RABEL, *op. cit.*; ID., *Rechtsvergleichung und international Rechtsprechung*, in *RabelsZ*, 1927, p. 5 ss.; J. KOHLER, *Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1907/1908, p. 192 ss.

⁷⁰ In particolare, le false e le nocive comparazioni “in funzione” di produzione legislativa erano ben avvertite (con piena sintonia con la dottrina giuridica dell'epoca più attenta alla cautela comparatistica) anche da L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, (del 1938, ora) in ID., *Scritti economici, storici e civili*, IV ed., a cura di R. Romano, Mondadori, Milano 2001, p. 5 s. «rispetto assai la legislazione comparata, a condizione che chi se ne fa paladino conosca la legge nazionale, sappia le vicende e le ragioni della sua formazione e sia curioso della norma forestiera soprattutto e per lo più soltanto per riuscire a conoscere perché quella norma   adatta al Paese in cui nacque e richiederebbe invece modificazioni profonde se la si volesse introdurre nel nostro». E polemicamente: «il dottrinario   colui che, appena scorge un istituto, il quale gli paia buono, scritto nelle leggi russe o neozelandesi o peruviane, subito fremere».

⁷¹ E. LAMBERT, *La fonction*, *cit.*, p. 14 s. Per parte sua, M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto*, *cit.*, p. 16, indicava lo “stadio prescientifico” di quella comparazione che si limitasse a constatare «causali coincidenze».

⁷² Pur con ineliminabili e inevitabili limiti della sua recentissima opera di “sprovincializzazione” della nostra disciplina iniziata da Cesare Vivante proprio e soprattutto con la sua *Rivista*. La via migliore per far ciò la indicò, appunto, Ascarelli: e cfr. A. ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, *cit.*, p. LXXVI; v. dopo.

“modi” o “metodi” di impiego. *Rivista*, e in generale la giuscommercialistica più attenta, che, ribadisco, non mancarono, ripetutamente e nel tempo, di stigmatizzare arretratezza del e confusione nel cosiddetto studio comparativo⁷³

⁷³ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 946 (necessità di «fare lo studio del diritto comparato con piena intelligenza, non solo per mostrare che vi sono delle curiosità giuridiche o casi che ci appaiono strani perché a noi insoliti; non solo per mostrare che in altri casi vi è coincidenza fra diritto nostro e quello altrui; ma per imparare, per trarre dalla comparazione tutto il vantaggio possibile ... Anche qui bisogna andare adagio. Si usa poco, si usa male, si abusa di questo metodo comparato e di questi studi. Ed è questo veramente un metodo assai più difficile di quel che può apparire a prima vista. Quasi tutti gli studiosi di questa materia lo trattano superficialmente; credono che si faccia diritto comparato esponendo in una pagina il diritto cinese, in un'altra quello indiano, poi quello germanico, quello inglese e così via. Tutto questo serve ... ma non è diritto comparato. Il diritto comparato deve penetrare nell'intima essenza delle cose e là dove nota le diversità deve ricercarne le cause, perché senza conoscere le cause non si può valutare l'importanza di un istituto, e deve ricercarne gli effetti, perché senza conoscerne gli effetti è assurdo giudicare se sia bene o male per noi applicare un dato istituto. E noi pecciamo, e peccano molto tutti in questo. ... Noi dobbiamo vedere quell'istituto quali effetti produce e vedere se questi effetti si potranno ottenere in Italia. La comparazione così intesa è qualche volta così praticata. In generale però gli studiosi non l'intendono in questo senso, ed io credo che farlo in questo senso sia un ritorno all'avvicinamento della teoria alla pratica, che deve essere il nostro bene supremo»); T. ASCARELLI, Recensione ad *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. II e III, Milano, 1929, ivi*, 1929, I, p. 703 («il compito anzi che essere già esaurito, è appena iniziato»; «la nostra cultura comparatistica è straordinariamente lacunosa»: su questo contributo ascarelliano, v. oltre, più diffusamente); cfr. pure la Recensione di M. ROTONDI a E. RABEL, *Aufgabe*, cit., *ivi*, 1925, I, p. 426 s. (messa in risalto dell'isolamento dei nostrani tentativi di retta comparazione); Id., Recensione a F. MESSINEO, *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, in *«Annuario della Università Cattolica del Sacro Cuore»*, Milano, 1930, *ivi*, 1930, I, p. 878 s. Oltre le pagine della *Commerciale*, v., in particolare, M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto*, cit., p. 17 (studio comparativo «trattato alla rinfusa»); F. MESSINEO, *L'indagine comparativa*, cit., pp. 51 e 54 s. («non si fa torto a nessuno, notando che le correnti comparatistiche, buone o cattive che siano, sono rimaste in gran parte sterili, ovvero, che la pratica del diritto comparato, la quale non sia superficialità e diletterantismo ... è appena cominciata»; l'Italia non annovera risultati notevoli nel campo delle applicazioni «ma, intanto, essa ha dato cospicui contributi, anche recenti, alla determinazione del concetto di diritto comparato»); T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma, 1953, p. 17 («non costituisce un segreto quello di un relativo disinteresse della nostra dottrina per gli studi di diritto comparato, così come è facile osservare un opposto indirizzo negli ultimissimi anni nei quali insieme si viene riproponendo l'esame della natura della scienza giuridica e dell'interpretazione ... la dottrina italiana è assai più ricca di quella straniera di riferimenti alle elaborazioni concettuali della dottrina straniera, ma come mere istanze logiche»; cfr. dopo). E N. BOBBIO, *Litinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., p. XCIX, evoca il lamento, presente nelle recensioni ascarelliane pubblicate tra il 1925 e il 1929 sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, per la trascuratezza, in Italia, degli studi comparatistici (e tali recensioni molto cominciano a illuminare sul metodo comparativo ascarelliano come metodo storico: v., ad esempio, T.

e di spronare verso il suo appropriato sviluppo e il raggiungimento di alti livelli di dimestichezza con i corretti metodi del suo utilizzo⁷⁴.

Ritengo allora non colga nel segno l'energica critica⁷⁵, di respiro complessivo (*id est*, non limitata all'avvedutezza comparatistica), secondo la quale, in particolare, «i problemi del metodo semplicemente fuoriuscivano dal raggio di interesse della Rivista»⁷⁶, con la stigmatizzazione che «quando nel 1914, la

ASCARELLI, Recensione a J. LEBLOND, *De l'emprunt obligatoire en droit anglais*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 654 s.). L'importanza di queste recensioni per ricostruire anche la matrice vivantina-crociana di Ascarelli è sottolineata da A. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 592 ss. Il crocianesimo di Ascarelli (e v. anche i cenni sopra) risulta non di rado menzionato (tra altri, cfr., ad esempio, oltre le citazioni già indicate, A. SCIUMÉ, *Croce and the Italian Law Culture in the 1920s*, in *It. Rev. Leg. Hist.*, 2017, p. 26) quale connotazione filosofica del suo pensiero (e, probabilmente, questo crocianesimo riguarda anche, almeno in parte, la ricezione della teoria crociana dell'interpretazione: su cui v., tra altri, R. SHUSTERMAN, G.A. TIBERGHEN, *Croce and Interpretation. Deconstruction and Pragmatism*, in *Rev. int. Phil.*, 2014, p. 131 ss.), seppure meriterebbe di essere rimediale l'evoluzione della penetrazione e la invariata e intatta permanenza (per me, e non solo, tutt'altro che tale) di questa matrice sia nella riflessione giuridica, sia in quella più latamente culturale di Ascarelli.

⁷⁴ Replicando le parole di A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 49, «un grado elevato di provvedutezza metodologica». Ciò non toglie, nondimeno, a mio avviso, come già osservato (e v. pure oltre), che nella *Commerciale* sia venne praticata teoria della comparazione, con piena coscienza di necessità di sua crescente elaborazione e d'imparare a padroneggiarne l'uso; sia si offrirono ampi esempi di avveduta autentica comparazione (v. sempre dopo, testo e ntt.), a differenza di quanto sostenuto, appunto, da Gambaro (soprattutto, p. 45 ss.; in particolare, con stigmatizzazione della penuria di saggi di diritto comparato – e non di mero cosmopolitismo – che sarebbero stati ospitati dalla *Commerciale*, p. 46 s.; e con identificazione del primo «saggio effettivamente comparatistico» ne *L'azione di Arricchimento*, di M. Rotondi, del 1924: p. 47). E ciò anche a non volere tenere conto della circostanza che molti degli studiosi emersi accanto a Vidari (in particolare, Vivante, L. Bolaffio, U. Manara e Sraffa, di cui la *Commerciale* ospitò numerosi saggi), in quanto di ascendenza israelita (come lo stesso Ascarelli), «portavano il soffio vivificante di una cultura aperta e cosmopolita»: I. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 159. D'altronde, «il giurista che si afferma nei primi due decenni del Novecento è ... un giurista intellettuale»: I. BIROCCHI, *L'età vivantina*, cit., p. 225.

⁷⁵ Mossa da A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 48 s.

⁷⁶ I. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 181 ss. (per inciso, focalizzandosi sullo stesso lasso di tempo preso in esame da Gambaro), nota condivisibilmente, tra l'altro, che (i) nella *Commerciale* si denota «un progetto robusto risorse adeguate e consapevolezza del cammino intrapreso»; (ii) «la propensione comparatistica [era] costantemente presente non solo nei saggi ma anche nelle recensioni e nelle rassegne bibliografiche e congressuali» [aggiungo, anche nelle diffuse (perché dedicate a diversi ordinamenti: tedesco, svizzero, austriaco, belga, francese, inglese, statunitense, spagnolo) rassegne di giurisprudenza straniera, pur mutate nella loro configurazione iniziale (del 1904)]; (iii) «la strategia della direzione delle riviste sembra imperniarsi su due punti essenziali: l'attenzione per la ricostruzione storico-dogmatica degli istituti portanti della disciplina e nel contempo le novità proposte dai fenomeni socio-economici nei loro risvolti sul piano giuridico»; (iv) la «giuscommercialistica fu tutto un fiorire

rivista pubblica, e non poteva decentemente evitare di farlo, un breve saggio sull'opera capitale di GénY, *Science et technique en droit privé positif*, ... lo accompagna con una postilla della Direzione in cui si formulano le più ampie riserve»⁷⁷. Non è condivisibile desumere dal tenore della postilla della Direzione, da una parte, che “i problemi di metodo” esularono dall'interesse della *Commerciale*; e, dall'altra, che la *Rivista* dimostrò disattenzione per le opere centrali della teoria (anche) comparatistica straniera e comunque ne rigettò gli approcci⁷⁸. Mentre mi pare ovvio che non si possa affermare che la *Commerciale* non facesse e/o non teorizzasse retta comparazione solo perché ospitò saggi critici verso determinate “concezioni” straniere della comparazione (peraltro, nei loro Paesi di origine, ampiamente discusse e in concorrenza con altre⁷⁹).

di posizioni che potevano manifestarsi per lo più nella rivista milanese, diventato un modello per le altre che si susseguirono, ma anche palestra di maturazione interna». Da rimarcare, tra l'altro (e v. anche l'inciso di I. BROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 183), la densità degli studi di Rocco sul fallimento ospitati dalla *Commerciale*: v., ad esempio, A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 829 ss.; ID., *Il fallimento dal punto di vista economico e giuridico*, *ivi*, 1910, I, p. 669 ss.; ID., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, *ivi*, p. 855 ss. (v. anche oltre).

⁷⁷ A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 46. La “attenzione” ovvero “disattenzione” all'opera di GénY da parte della cultura giuridica italiana dell'epoca non può poi essere dedotta (solo) dagli espliciti riferimenti (ovvero dal difetto di tali riferimenti) alle sue teorie: ben lo avverte P. COSTA, *op. cit.*, pp. 405 e 408 («si ‘citano’ ... Kantorowicz o GénY, ma si ‘usano’ piuttosto Kohler o Saleilles»).

⁷⁸ Conclusione che mi pare suoni implicita nel periodare di Gambaro, altrimenti dovendosi assumere che avrebbe svolto adeguate precisazioni.

⁷⁹ E, peraltro, era ben chiaro che «perché lo studio comparativo possa invocarsi come sussidio all'interprete o possa aprir la via a riforme legislative, occorrerà che esso abbia già raggiunta una certa organizzazione sistematica» (M. ROTONDI, *op. ult. cit.*, p. 15). Il che iniziava – seppure con difficoltà, lentezze e limiti – proprio allora e proprio anche con il contributo della migliore giuscommercialistica e della *Commerciale* (senza con ciò volere sostenere – dovrebbe essere ormai evidente – che il cammino, appena intrapreso, verso la comparazione nel e per il diritto commerciale fosse già esaurito nella elaborazione di teorie e nelle esemplificazioni applicative). D'altronde, di là della possanza dei contributi di Saleilles, Lambert e Capitant, non è revocabile in dubbio che, negli anni immediatamente precedenti e anche successivi alla fondazione della *Rivista del diritto commerciale*, la stessa comparatistica francese si trovasse al principio della riflessione sulla cosiddetta funzione interpretativa del diritto comparato (sebbene sia certo che essa muovesse passi più sicuri di quelli del complesso della dottrina italiana; ma v. già il cenno prudente di F. DEGNI, *op. cit.*, p. 335 s.). Nella seconda edizione della sua opera fondamentale, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, II ed., II, LGDJ, Paris 1954, rammenta (p. 267) che nel 1899, al tempo della prima edizione, «si sospettava appena la possibilità» di una funzione interpretativa della comparazione e che, in seguito, per impulso soprattutto di Saleilles, Capitant e Lambert, la medesima funzione «a été ... ardemment

prôné et vigourement poussé»; e aggiunge che, nondimeno, sebbene ciò fosse necessario per assicurare il suo successo e indirizzarlo, per criticare e giustificare il metodo, restava aperta la domanda di «savoir, si le droit comparé fournit un élément spécifique à l'interprétation, propement dite, du droit national, de telle sorte que le résultats, obtenus par la connaissance et le rapprochement de droits étrangers, puissent être utilisés, pour enrichir positivement notre droit français, en dehors de la voi législative» (p. 269); sicché la teoria – scrive ancora Gény nel 1954 – che vuole fare del diritto comparato «un élément spécifique de l'interpretation national» deve essere (*id est*, deve continuare a essere) indagata (F. GÉNY, *op. ult. cit.*, p. 274 ss.). E ancora: sempre nell'edizione del 1954, Gény afferma che occorre stabilire se l'impiego del diritto comparato sia legittimo e a quale titolo (F. GÉNY, *op. ult. cit.*, p. 274 s.), sostenendo egli, come noto, che «il faut limiter son effet à éclairer la libre recherche, se poursuivant en absence ou au défaut des sources formelles»; si domanda, ulteriormente, come, in questa «*mesure restreinte*» della sua efficacia, il diritto comparato possa e debba essere riconosciuto e impiegato (F. GÉNY, *op. ult. cit.*, p. 275); e conclude che «le droit comparé ne peut servir de secours à l'interprétation, que pour un nombre limité de questions; et ... il faut se garder d'y chercher une panacée, qui peut subvenir aux besoins de tout le domaine de l'application de droit» (F. GÉNY, *op. loc. ultt. citt.*). Pertanto, non si è approssimativi e non si semplifica in eccesso affermando che, in particolare, Saleilles (per una critica delle cui tesi in Italia v. S. GALGANO, *Funzioni giuridiche del diritto comparato*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, ILSE, Roma 1953, p. 3 ss., spec. p. 8; in precedenza, orientati invece a perorare un uso ermeneutico del “diritto straniero”, v., tra altri, B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, UTET, Torino 1916; G. ROTONDI, *Appunti sul nuovo codice civile svizzero*, Società Editrice Libreria, Milano 1909), Capitant, Lambert e Gény predicassero, tra l'altro, non del tutto coincidenti funzioni ermeneutiche della comparazione di/tra diritti nazionali. Mi pare però che in tutti loro si rintracci l'istanza favorevole a una (certo, più o meno accentuata) funzionalizzazione ermeneutica del dato comparatistico “filtrata” e mediata, vale a dire presidiata da compatibilità e conformità (Ascarelli avrebbe detto, da “continuità”) con il diritto interno in cui l'innesto ermeneutico è ipotizzato. Seppure con intonazioni e sfumature variegiate, ciò emerge, ad esempio, in R. SALEILLES, *École historique et droit naturel*, in *Rev. trim. dr. civil*, 1902, p. 109 ss.; ID., *La fonction juridique*, cit., p. 164 ss. («il convient ... de réserver ce [impiego] pour le cas où le silence de la loi ouvre pleine liberté à l'interprete et de ne l'employer qu'en respectant les tendances foncières du droit national»); H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 103 ss. («sans danger d'arbitraires»); E. LAMBERT, *op. ult. cit.*, pp. 45 e 896 («le droit civil comparé ... facilitera ainsi dans una large mesure la découverte des règles les mieux adaptées aux besoins de la société contemporaine; de celles vers lesquelles il convient d'orienter dans la mesure du possible le mouvement des jurisprudences internes»; «les agents de la politique juridique national peuvent, et doivent, se demander s'il ne convient point, au lieu d'opter entre le solutions déjà éprouvées, d'en trouver une nouvelle qui ait chance d'être supérieure à la meilleure d'entre ells. Ils ne sauraient toujours se contenter d'imiter le voisin et de s'approprier les inventions d'autrui. Il est souvent nécessaire qu'ils fassent eux-mêmes oeuvre de découverte et de creation»); F. GÉNY, *op. ult. cit.*, p. 275 («le droit comparé ne peut servir de secours à l'interprétation, que pour un nombre limité de questions; et ... il faut se garder d'y chercher une panacée, qui pût subvenir aux besoins de tout le domaine de l'application de droit»). Per inciso, proprio esaminando il «lungo itinerario» percorso da Gény «intorno al problema ermeneutico», P. COSTA, *op. cit.*, pp.

Al contrario, si può smentire *per tabulas*, in primo luogo, che i problemi di cosiddetto metodo della comparazione, ma più in generale i cosiddetti problemi di metodo e di teoria generale del diritto e del diritto civile e commerciale, si mantennero estranei agli obiettivi (iniziali e successivi) della *Commerciale*; e che, là dove accreditata e teorizzata, ancora prima di essere praticata, la comparazione si risolse nel professare non selettive convergenze con le e acritici appiattimenti sulle soluzioni straniere. Come è nella piena consapevolezza della più accreditata dottrina dell'epoca la delicatezza della comparazione di/tra sistemi giuridici e la necessità di incrementarne l'avvedutezza d'uso, seppure con accentuazioni di profili in parte differenti e con diverse predisposizioni di impiego⁸⁰.

A parte gli assai numerosi saggi che indagano istituti e fattispecie con consapevolezza dei problemi di metodo (anche comparatistico⁸¹) coinvolti, dal punto di vista delle indicazioni teoriche generali⁸², basta ripercorrere,

385 ss. e 395 ss., opportunamente pone l'interrogativo, di portata generale, «se e in che modo, anche in Italia, gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento siano stati il teatro di un consistente rivolgimento ermeneutico» e, quindi, «se e in che modo i giuristi italiani, fra la fine del secolo scorso [intende, Ottocento] e i primi anni del nostro [allude al Novecento] contrappongano, all'impostazione del problema ermeneutico fino ad allora condivisa, una 'domanda' ermeneutica sensibilmente diversa».

⁸⁰ Se si può concordare – C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 395 – che sia apprezzabile una diversità delle «due linee di pensiero che hanno segnato la prima storia della nostra materia», vale a dire Vivante e Rocco, e se è altrettanto convincente, seppure in linea di massima, che la linea di quest'ultimo «si collocava in una scelta di fondo nazionalista e statalista», mentre quella vivantina «sottolineava soprattutto il ruolo della prassi degli affari, e allora anche la sua dimensione cosmopolita» (C. ANGELICI, *op. loc. ult. cit.*); risponderrebbe a un giudizio storiografico e culturale non attendibile, che non ravviso in Angelici, la valutazione che emarginasse la valenza dell'approccio comparatistico coltivato e programmaticamente additato dallo stesso Rocco.

⁸¹ V. dopo.

⁸² Ed è innegabilmente (cfr. sopra e oltre) che è, in particolare, sulle pagine della *Rivista del diritto commerciale* dei prime tre decenni del Novecento che avvenne ciò che rilevò A. ASQUINI, *Il diritto commerciale italiano nel secolo decorso (1839-1939)*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 448: «l'epoca in cui la scienza italiana del diritto commerciale riuscì ad essere maggiormente se stessa, liberandosi dai residui ideologici del secolo passato e ad utilizzare con maggior perfezione gli strumenti della tecnica giuridica e i risultati della esplorazione storica, ai fini della ricostruzione del sistema del diritto commerciale con impronta energeticamente italiana, corrispose ai primi lustri del nostro secolo», il quale subito precisa: «i frutti della scienza italiana del diritto commerciale in questo periodo sono principalmente raccolti nella *Rivista del diritto commerciale*».

in sequenza di pubblicazione, fino al 1915⁸³, tra le altre, pagine di Rocco⁸⁴,

⁸³ Il periodo specificamente censurato da Gambaro (ma, in realtà, nelle parole dell'Autore, aleggia una censura oltre questo periodo).

⁸⁴ A. ROCCO, *La scienza*, cit. [in particolare, con opposizione al forte condizionamento acritico del diritto francese (p. 292); segnalazione delle prime avvisaglie di sensibilità comparatistica nel diritto commerciale dopo i codici civile e commerciale del 1865 (p. 293); risalto dello spirito critico di V. Scialoja (*Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1881, p. 486 ss.) verso il diritto straniero (p. 294; e sulla stessa linea di pensiero di V. Scialoja, sulle pagine della *Commerciale*, A. SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 387, nt. 3); consapevolezza che «molto cammino si è fatto. Molto rimane ancora da percorrere» (p. 294)].

V. Scialoja⁸⁵, A. Sraffa⁸⁶; *successivamente*, di Cammeo⁸⁷, Ascarelli⁸⁸, E. Betti⁸⁹, M. Rotondi⁹⁰, Mossa⁹¹. Ma quel che più conta, credo, è che, come peraltro

⁸⁵ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., p. 944 ss.; I. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 186 ss., ipotizza che il saggio di A. Rocco del 1911 e quello di V. Scialoja del 1913 «sembr[is] no duettare tra loro e, nell'insieme, appaiono in dialogo col programma della *Rivista*». In particolare, I. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 188 s., reclama attenzione sul fatto che nel contributo di V. Scialoja «la storia come pure la comparazione – il giurista affermava che si trattava di piani diversi di un'unica operazione – dovevano sciogliersi nell'attività interpretativa e dovevano evitare al magistrato le velleità e i turbamenti insiti nelle recenti teorizzazioni del diritto libero»; su questa affermazione di V. Scialoja, in congiunzione con la cosiddetta teoria ermeneutica della comparazione ascarelliana, v. ancora dopo.

⁸⁶ A. SRAFFA, *La riforma*, cit., p. 1013 ss. (v. sopra). La capacità di teorizzare adeguati impieghi della comparazione e di mettere in guardia da sue alterazioni e deformazioni si ritrova anche in scritti «minori»: per un esempio, v. C. VIVANTE, *Il Consiglio di Amministrazione e il Comitato esecutivo nelle Società Anonime. Sistema di cod. comm. italiano e sistema attuato in Germania*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 888 ss.

⁸⁷ F. CAMMEO, *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella società delle nazioni*, *ivi*, 1919, I, p. 286: «anche in tempi ordinari, gli studi di diritto comparato hanno un rilevantissimo valore teorico. Essi sono il solo mezzo per raggiungere una conoscenza scientifica del diritto, intendendosi conoscenza scientifica di un fenomeno quella che ne determina le cause. Mediante questi studi si accerta il contenuto del diritto presso i differenti popoli nel tempo e nello spazio ... Poi, coll'ordinario procedimento d'induzione, da queste osservazioni si possono desumere le cause che agiscono sulla formazione, sulla conservazione o sulla mutazione del diritto. I medesimi studi servono a constatare la universale unità di alcuni istituti formali da cui nessun ordinamento scientifico può prescindere ... Conoscere ciò che è, determinarne le cause, schematizzare le conoscenze in nozioni generali, tale è il compito della scienza: e tale compito per il diritto è stato assolto soltanto, in modo positivo, col metodo delle indagini comparate. Le quali indagini, del resto, hanno anche un valore pratico ... Così si apprende ciò che è da conservare o da abolire, ciò che è da imitare e ciò che si deve respingere. Il diritto comparato è uno degli strumenti più efficaci delle riforme legislative»; e per l'importanza di questo contributo (sia nella riflessione comparatistica dell'epoca, sia nel quadro del contributo alla comparazione da parte dell'amministrativista milanese), cfr. M.P. CHITI, *Federico Cammeo comparatista*, in *Quad. fiorentini*, 1993, p. 531 ss., spec. p. 541 ss.

⁸⁸ V. oltre. Questa fase non è connotata da una vera e propria funzionalizzazione ermeneutica della comparazione, ma da una valutazione congiunta ma distanziata, da un dialogo ancora sfumato (sebbene già delineabile); v. dopo.

⁸⁹ E. BETTI, *Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. Postilla alla replica del Sen. D'Amelio*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 188 (abbandonare la vecchia abitudine di imitare dei modelli stranieri e di scegliere «fra l'una e l'altra preponderanza straniera»).

⁹⁰ Costituisce un condensato di indicazioni metodologiche sulla comparazione (a prescindere dalla loro totale condivisione o meno) la recensione (assai critica e polemica) di M. ROTONDI a F. MESSINEO, *L'indagine comparativa*, loc. cit.; v. anche oltre.

⁹¹ L. MOSSA, *Scienza e metodi*, cit. [in particolare, p. 127: «la letteratura giuridica in materia commerciale progredisce sincronicamente in tutti i Paesi appartenenti al ciclo della nostra cultura ... La conoscenza della letteratura giuridica commercialistica di ogni Paese porta ancora in alto la scienza italiana, perché, oltre a dargli un abbrivio, la equilibra e la regola con

racchiuso nel *Programma* fondante della *Commerciale* (e affatto smentito, bensì confermato dal “taglio” effettivo assunto dalla *Rivista*⁹²), quest’ultima, da una parte, si proponeva di resistere a ogni tentazione di disgiungere la teoria dalla pragmatica interpretativa; dall’altra, e correlativamente, valorizzò anche apporti che non affrontavano «in apicibus il problema del rinnovamento ermeneutico [e della teoria della comparazione], ma lo imposta[vano] e lo risolv[evano] nelle pieghe di un discorso che perv[eniva] all’ermeneutica [e alla teoria della comparazione] dal ‘basso’ di questioni di grande rilevanza politico-giuridica»⁹³.

la comparazione e con il modello. È un dato certo che lo studio e l’impressione delle diverse scienze nazionali rendono oggettivo, e cioè scientifico, il pensiero giuridico. Ma la letteratura straniera deve studiarsi perché gli istituti del nostro diritto vivono e si sviluppano con stimoli, esigenze, interferenze eguali, in virtù di una fioritura spontanea concorrente ... Senza bandire programmi di uniformità di diritto, gli ordinamenti ultimi del diritto generale delle obbligazioni, si rivelano uguali e improntati alle stesse regole, perché sono improntati agli stessi bisogni ed interessi economici, che aspirano a regole di diritto perfezionate»; e v. pure ID., *I problemi fondamentali*, cit., p. 237 s.; ID., *Per il nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 17 ss.; ID., *La nuova scienza del diritto commerciale*, *ivi*, 1941, I, p. 439 ss.

⁹² In modo costante, fino agli anni Trenta; e con qualche ripiegamento successivamente, ma non tale da potere affermare che la *Rivista* avesse smarrito ed esaurito del tutto la sua spinta e che risultasse, da là in avanti, proprio peraltro al culmine del processo riformatore della disciplina, inadatta a orientare il pensiero teorico e a raccogliere e ponderare le istanze pratiche. Ma scrive di uno scemare del ruolo della *Rivista* nel terzo decennio B. LIBONATI, in B. LIBONATI, L. FARENGA, U. MORERA, G. BRANCADORO, *La Rivista di diritto commerciale*, in *Quad. fiorentini*, 1987, p. 346. Ma v. A. ASQUINI, A. DE GREGORIO, P. GRECO, M. ROTONDI, *Anno LI*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 1 s.: (i) «non crediamo di mancare di modestia se riconosciamo a questa Rivista il merito di avere mantenuto il suo posto ... e di essere stata sempre rimasta fedele al programma iniziale dettato da Cesare Vivante e Angelo Sraffa»; (ii) «le pagine di questa Rivista sono state ... il punto d’incontro dove i più insigni Maestri della cattedra e del foro hanno portato nella palestra della pubblica discussione tutti i fondamentali problemi del diritto commerciale, aprendo così la via all’opera di riforma legislativa»; (iii) «i compiti che la Rivista deve affrontare per l’avvenire sono più complessi di quelli che si proponevano i suoi Fondatori nel 1903». Da rileggere, ovviamente, anche G. CASTELLANO, *Le riviste giuridiche italiane tra le due guerre: la “Rivista del diritto commerciale”*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 874 ss. E invero, anche nel corso dei decenni successivi al 1930, la *Commerciale* rimase (seppure forse, in effetti, in tono minore proprio rispetto ai primi quarant’anni della sua storia) una delle riviste nelle quali nascevano e si sviluppavano dibattiti di teoria generale del diritto. Mi basta rammentare la cosiddetta polemica sui concetti giuridici: S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 197 ss.; G. CALOGERO, *La polemica sui concetti giuridici*, *ivi*, 1945, I, p. 112 ss., C.A. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, *ivi*, p. 130 ss. È piuttosto con specifico riferimento proprio al diritto comparato, che dopo la fine del secondo conflitto mondiale, si ridurranno le occasioni, per la *Rivista*, di ospitare contributi teorici di non giuscommercialisti: tra questi, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull’oggetto del diritto comparato*, *ivi*, 1964, I, p. 331 ss.

⁹³ Mutuo, adattandole – con aggiunta anche del riferimento alla comparazione – quanto P. COSTA, *op. cit.*, p. 408 scrive a proposito delle tendenze ermeneutiche della cultura giuridica

Altrettanto opportuno rilevare come reiterata sia stata l'attenzione, talvolta sì critica⁹⁴, della *Commerciale* alle teorizzazioni della comparatistica francese e, più in generale, alla teoria generale della civilistica d'Oltralpe⁹⁵ cui tradizionalmente si ascrivono, assieme a quella tedesca, elaborazioni fondanti della comparatistica giuridica continentale⁹⁶. In particolare, di là di

italiana "antitradizionalista" di inizio del Novecento. Costa rammenta, esemplificativamente, in *apicibus*, il saggio di F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 202 ss. La questione di vertice di teoria ermeneutica riguarda il rapporto tra diritto comune e diritto speciale o eccezionale. Costa convoglia l'attenzione, tra l'altro, sulla conclusione (p. 206 s.) che vede il "diritto eccezionale" radicarsi nella società e nei suoi bisogni e, da qua, essere votato, come «diritto nuovo, che ha in sé il vigore di supplire ai nuovi bisogni», a caricarsi di «forza di espansione». Per noi giuscommercialisti, il pensiero non può non correre, ovviamente, di nuovo a T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale*, loc. cit. (sempre, dunque, a un contributo ospitato dalla *Commerciale*), intriso della necessità ermeneutica di interpretare e re-interpretare, con «prudente cautela e largo e immediato spirito di comprensione», il diritto (comune e "speciale") attualizzandolo: e cfr. in particolare, T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 2 e 29 ss. E qui Ascarelli, evidenziando, ancora una volta, la versatilità e l'abilità a intercettare le pragmatiche ermeneutiche come sia cristallizzate, sia in divenire, scolpisce con lucidità una dicotomia interpretativa e il condizionamento di ognuna sui relativi e connessi esiti di significazione: la maggiore accentuazione dell'elemento logico formale nell'interpretazione rende l'interprete più aderente a quelle che furono le valutazioni degli interessi fatte dal legislatore nei casi espressamente risolti e, quindi, dà luogo a una interpretazione conservatrice e statica; all'inverso, la minore accentuazione di questo elemento dà all'interprete una maggiore libertà e, pertanto, conferisce all'interpretazione un carattere evolutivo, eventualmente verso la elaborazione di nuovi principi dogmatici che poi sostituiranno gli antichi (T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 30). È poi sempre sulle pagine della *Commerciale*, decenni dopo, che si offre evidenza allo sviluppo degli studi di analisi del linguaggio: U. SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 212 ss.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, P. BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine. A proposito di un'opera recente del Lambert*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 279 s. (critica all'approccio comparatistico di Lambert, alla sua «fiducia illimitata» nella comparazione: «i pericoli del metodo pel simil genere di ricerche sono forse più gravi che non siano grandi i vantaggi. Finché siamo nell'ambito di concetti e di funzioni generali, il riscontro col diritto comparato giova per avere su una base induttiva una esatta nozione; ma quando si passa agli atteggiamenti concreti negli sviluppi, agli istituti positivi, allora i riscontri si fanno artificiosi e gran forza di lavoro si disperde a puntellare ciò che è fragile e manchevole nelle basi»). In Bonfante viva era l'attenzione ai rischi di confusione dello sviluppo sociale con lo sviluppo giuridico vero e proprio: P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in *Temi veneta*, 1895, p. 112.

⁹⁵ Pur non reperendosi, nella *Commerciale*, un saggio analogo a quello di F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1929, pp. 185 ss. e 376 ss.

⁹⁶ E cfr., tra altri: L. MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit., p. 241 (citazione di Gény); ID., *Scienza e metodi*, cit., pp. 99 s., 119 s., 124 ss. (sull'importanza, per la teoria dell'interpretazione, dell'opera della scuola di Saleielles, Gény, E. Thaller e sul «vivificante contatto con il diritto comparato» della dottrina francese); A. SRAFFA, *op. ult. cit.*, p. 1013, nt. 1 [citazione

di F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., nell'edizione del 1899 (ma v. pure, a riprova della genetica attenzione alle riflessioni straniere sui problemi di metodo e anche di cosiddetta metodologia comparatistica, A. SRAFFA, *Note sul 26. Congresso dei giuristi tedeschi*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 241)]; A. CANDIAN, *La legge commerciale nel sistema di diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 325, nt. 1 (citazione di Gény in tema di fissazione dell'ambito di competenza del legislatore). V. pure: il necrologio, assai celebrativo, della Direzione a Saleilles (*ivi*, 1912, I, p. 316; come, successivamente, lo saranno quelli di Lambert, affidato a P. ROUBIER, *ivi*, 1948, I, p. 151 ss.; di Rabel, a firma di M. RHEINSTEIN, *ivi*, 1956, I, p. 251 s.; e di Gény, redatto da P. VORIN, *ivi*, 1960, I, p. 234 ss.); e le recensioni di G. SEGRE, a R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du "Burg. Gesetzbuch" entreprise par le Comité de Legislations étrangère*, Paris, 1904, *ivi*, 1904, I, p. 334 ss. (risalto anche in I. BIROCCHI, *Letà vivantiana*, cit., p. 186; recensione "vivacissima"); a F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914, *ivi*, 1914, I, p. 576 ss.; di G. RIGHETTI a E. LAMBERT, *L'enseignement du droit comparé*, Lyon, 1919, *ivi*, 1921, I, p. 266 ss. (e a p. 271: l'opera merita attenta considerazione in Italia «ove siamo molto lontani da tentativi del genere. Da noi, infatti, ... il diritto comparato viene studiato ancora piuttosto come un aspetto dei singoli istituti giuridici o delle branche varie delle scienze giuridiche, che non come ramo a sé, complesso e ben distinto da queste»; e rammenta il riconoscimento della necessità a impulso studi comparatistici da parte di Benedetto Croce, Ministro della Pubblica Istruzione); di L. BARASSI a *L'Oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, *ivi*, 1916, I, p. 332 s.; di S. ROMANO a F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, IV, Paris, 1924, *ivi*, 1925, I, p. 319 ss.; segnalazioni di R. SALEILLES, *De la possession des meubles. Études de droit allemand et de droit français*, Paris, 1907, *ivi*, 1907, I, p. 104; di R. SALEILLES, *Les méthodes juridiques*, *ivi*, 1911, I, p. 467 s.; dell'inizio delle pubblicazioni della *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, sotto la direzione di Lambert, *ivi*, 1922, I, p. 547 s. D'altronde, e tra l'altro: (i) ben è stato posto risalto (A. MONTI, *Angelo Sraffa. Un "antiteroico" del diritto*, Egea, Milano 2012, p. 72 ss.) sulla vicinanza intellettuale di A. Sraffa con E. Thaller (cui la giuscommercialistica della *Commerciale* prestò sempre attenzione: v., ad esempio, U. MANARA, *Recensione a E. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 433 ss.; ma anche L. Mossa: cfr. I. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, p. 206; v. *infra*); (ii) si è puntualizzata (P. COSTA, *op. cit.*, p. 432 s.) la non indifferenza di A. Asquini alle teorie dell'interpretazione di Gény. E, d'altronde, avendo presente la teoria della cosiddetta natura della cosa, è agevolmente intuibile la "vicinanza" di riflessione tra Gény e le tesi (in particolare) di Vivante e Asquini: spunto in P. COSTA, *op. cit.*, p. 432, nt. 136. Noto, incidentalmente, che mi pare che l'opera della comparatistica francese godette di minore risalto nei contributi apparsi sulla *Rivista di diritto civile*: per qualche esempio, cfr. V. POLACCO, *op. cit.*, p. 117 (citazione di Saleilles); F. VASSALLI, *op. cit.*, p. 112 ss. (riferimenti a Capitant, Gény e Saleilles); (iii) è stato appurato come Sraffa e Vivante avessero avuto come modello ispiratore, tra l'altro, gli *Annales* di Thaller: cfr. A. MONTI, *La circulation de la pensée juridique dans le domaine di droit commercial (XIX-XX siècle)*, in *Le droit comparé au XXI Siècle - Enjeux et défis. Journées internationale de la société de législation comparé 8-9 avril 2015*, LGDJ, Paris 2015, p. 145. In ogni caso, nella valutazione dell'atteggiamento della dottrina commercialistica (ma non solo: e v. bene P. COSTA, *op. cit.*, *passim*), non si può non tenere storicamente conto della (già accennata) forte istanza di affrancamento, in funzione di una propria (per quanto possibile) autonomia legislativa e teorica, rispetto all'esperienza d'Oltralpe: e cfr., ad esempio, A. ASQUINI, *Il diritto commerciale*, cit., p. 445: la causa specifica del decadimento degli studi del diritto commerciale

polarizzare l'attenzione sull'accettabile o meno presenza di riferimenti espliciti a queste teorie, a me sembra più proficuo, e culturalmente significativo, rilevare un'implicita assonanza di lunghezza d'onda, una non flebile sintonia teorica tra alcune proposte di funzionalizzazione dello studio comparatistico propugnate, in teoria (*id est*, come fare comparazione "in potenza") e in pratica (*id est*, la comparazione come praticata "in atto"), sulla *Commerciale* e, appunto, elaborazioni della principale dottrina comparatistica francese dell'epoca. Pur nelle diversità di accenti e di proposte, queste ultime⁹⁷, infatti, al pari delle più marcate "tendenze" comparatistiche conformanti la *Rivista*, cominciano ad additare, seppure con toni non identici (soprattutto per quanto riguarda gli scenari di "uniformazione" e di cosiddetto sistema delle fonti, nonché l'interpretazione mediante comparazione), la funzionalizzazione della comparazione di/tra diritti nazionali primariamente alla conoscenza "dell'esterno in funzione interna" (con comprensione critica di divergenze e convergenze), alla predisposizione di regole legislative e, con modulazioni differenti, di criteri di significazione dei testi normativi di diritto nazionali più confacenti ai bisogni delle società contemporanee⁹⁸. Era presente, anche se in uno stadio di iniziale ma consapevole elaborazione, alla giuscommercialistica

e in genere del diritto privato in Italia nella prima metà del secolo XIX «risale all'artificiale importazione in quasi tutti gli Stati italiani dei codici francesi»). Nondimeno, ciò non precluse affatto alla migliore giuscommercialistica italiana (pure a quella più votata al contatto germanico) di continuare a rivolgere attenzione, non solo formale, all'esperienza d'Oltralpe, seppure (e proprio) con spirito critico autonomo. Peraltro, era stato anche E. LAMBERT, *La fonction*, cit., p. 58 s., a rilevare come la scuola francese degli interpreti del diritto civile fosse stato «un excellent article d'exportation», soprattutto in Italia, il cui codice civile del 1865 non fu, nelle sue grandi linee, che una sorta di revisione o di edizione migliorata del codice civile francese e la letteratura italiana civilistica che «un développement et un prolongement» di quella francese. Lambert rilevava, tuttavia, già nel 1903, «una reazione e una forma di nuova scuola, che purtroppo conta ancora troppo pochi adepti, e che mira a provocare, da una parte, la penetrazione del diritto civile da parte dell'economia politica e delle altre scienze sociali e, dall'altra, il ravvicinamento di teoria e pratica».

⁹⁷ Ben note le (sebbene non totali) distinzioni – di "strategie" (di politica del diritto), di elaborazioni e approdi sistematici e interpretativi – tra Saleilles, Capitant, Géný, Lambert. A titolo esemplificativo, cfr. la diversa concezione del diritto comparato di Saleilles (*droit comparé comme droit commune de l'humanité civilisée*) e di Lambert (diritto comparato come/in funzione di un *droit commune législatif*; E. Lambert sentenza, in generale, di avere tendenza all'azione, mentre Saleilles alla generalità e alla conoscenza) e le connesse ricadute sistematiche ed ermeneutiche; nonché le differenti impostazioni sulle *sources de droit* (e sulla *nature de choses positive*), tra altri, di Géný e di Lambert: e, su entrambe le questioni, v. E. LAMBERT, *op. ult. cit.*, pp. 30 ss. e 918 ss.; v pure nt. successiva.

⁹⁸ Scolpisce bene, mi pare, questo substrato trasversale (sebbene con alcuni elementi ancora non ben focalizzati e che andranno definendosi di contorni nitidi solo succesivamente), E. LAMBERT, *op. ult. cit.*, p. 45.

più accorta che operò in quegli anni – fuori e dentro la *Commerciale*, e pur con contrasti⁹⁹ – come la comparazione tra/di diritti nazionali potesse offrire ausilio al riequilibrio della discrepanza, talvolta esistente e che in crescendo si avvertiva con disagio, tra diritto scritto e realtà giuridica, tra fissità degli istituti e dinamica cangiante delle fattispecie.

Mette conto di rimarcare, altresì, il riscontro, in per nulla esigui contributi ospitati dalla *Commerciale*, dell'uso avvedutamente critico, e affatto sempre “in senso favorevole” e meccanicamente “traslativo” nel nostro diritto, di orientamenti interpretativi (dottrinali e giurisprudenziali) e di soluzioni legislative di altri Paesi; e del loro approccio “non falsamente” (o impropriamente) ovvero alteratamente comparatistico (per lo stato della riflessione a quell'epoca¹⁰⁰), a prescindere dalla maggiore o minore ampiezza del ricorso al diritto straniero¹⁰¹.

⁹⁹ Meritevole di rilettura e rimeditazione la nota (è già rammentata) polemica tra M. Rotondi e Messineo: F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 43 s.; M. ROTONDI, Recensione a F. MESSINEO, *L'indagine comparativa*, cit., p. 878 s.

¹⁰⁰ Ma, comunque, con un apprezzabile grado di sensibilità autenticamente comparatistica. Per converso, non mi pare identificabile simile sensibilità in non poche decisioni della giurisprudenza italiana dell'epoca includenti riferimenti di diritto straniero: v., ad esempio, limitandomi ai primi dieci anni di pubblicazione della *Rivista* (ma la situazione non mutò successivamente), Corte App. Lucca, 15 maggio 1903, in *Riv. dir. comm.*, 1903, II, p. 496; Corte App. Milano, 26 gennaio 1904, *ivi*, 1904, II, p. 160; Corte App. Genova, 21 marzo 1904, *ivi*, p. 430; Corte App. Roma, 30 dicembre 1905, *ivi*, 1906, II, p. 35; Trib. Casale, 2 maggio 1906, *ivi*, p. 552; Corte App. Milano, 15 febbraio 1906, *ivi*, 1907, II, p. 43; Trib. Monza, 25 giugno 1907, *ivi*, p. 407; Corte App. Milano, 29 agosto 1907, *ivi*, 1908, II, p. 41; Corte App. Bologna, 23 ottobre 1908, *ivi*, 1909, II, p. 150 s.; Corte App. Napoli, 29 gennaio 1909, *ivi*, p. 443; Trib. Parma, 25 febbraio 1910, *ivi*, 1910, II, p. 282; Cass. Torino, 24 maggio 1909, *ivi*, pp. 657 e 659; Cass. Roma, 20 maggio 1910, *ivi*, p. 857 ss.; Corte App. Ancona, 9 marzo 1910, *ivi*, p. 917; Trib. Milano, 14 febbraio 1910, *ivi*, p. 924; Corte App. Napoli, 13 giugno 1910, *ivi*, p. 967; Cass. Roma, 27 maggio 1910, *ivi*, 1911, II, p. 639 ss.; Pret. Milano, 8 febbraio 1911, *ivi*, p. 717 ss.; Trib. Genova, 7 maggio 1912, *ivi*, 1912, II, p. 529.

¹⁰¹ Esempi, a leggerli con attenzione e nell'interesse dei rispettivi iter argomentativi (e non rilevando se si aderisca o meno agli esiti ermeneutici proposti), in C. VIVANTE, *La personalità delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, pp. 3 s., 11 e 21; ID., *Trasformazioni delle società commerciali da una società all'altra*, *ivi*, p. 92 s.; ID., *Azionisti fiduciari (prestanomi) nelle assemblee delle società per azioni*, *ivi*, pp. 168 e 170; ID., *La prescrizione in materia di società*, *ivi*, 267 ss.; ID., *I sindacati per la compera e per la vendita delle azioni*, *ivi*, 1904, I, pp. 268 e 271 ss.; ID., *Il mediatore che non manifesta il nome del contraente*, *ivi*, 1905, I, p. 168 ss.; ID., *La imponibilità del soprapprezzo da un nuovo punto di vista*, *ivi*, 1910, I, p. 842 s.; ID., *Questioni sull'intervento cambiario*, *ivi*, 1915, I, p. 4 ss.; ID., *La partecipazione dei lavoratori agli utili delle società per azioni*, *ivi*, 1918, I, p. 258 ss.; ID., *I prestiti bancari di titoli (I pseudo-comodati)*, *ivi*, 1923, I, p. 94 ss.; ID., *L'assegno circolare*, *ivi*, p. 661; ID., *Il contratto di riporto*, *ivi*, 1925, I, p. 99 ss.; ID., *I progetti di riforma sul voto plurimo nelle società anonime*, *ivi*, p. 429 ss.; ID., *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, *ivi*, p. 572 ss.; A. SRAFFA, *Riduzione*

del capitale sociale mediante acquisto di azioni (A proposito dei casi del Banco Sconto e Sete), *ivi*, 1903, I, p. 133; ID., *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, *ivi*, p. 30 ss.; ID., *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 s.; ID., P. BONFANTE, *Società in nome collettivo*, cit., p. 609 ss.; ID., *Società anonime*, cit., p. 652; A. BOLCHINI, *La promessa al pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, pp. 41 p. 51 s.; F. FOÀ, *Il pagamento della tassa sui brevetti d'invenzione*, *ivi*, p. 64 ss.; A. ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro (A proposito di recenti Sentenze)*, *ivi*, p. 103 ss.; T. RAVÀ, *Le clausole di concorrenza*, *ivi*, p. 173 ss.; M. RICCA-BARBERI, *Il diritto alla propria figura*, *ivi*, p. 192 ss.; G. BONELLI, *Il fallimento e la separazione del patrimonio del defunto*, *ivi*, 1904, I, p. 3 s.; ID., *Della clausola riservativa del dominio nella vendita*, *ivi*, p. 119 ss.; ID., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito*, *ivi*, p. 186 ss.; ID., *Sulla teorica delle società irregolari*, *ivi*, 1906, I, pp. 14 ss., 125 e 163; ID., *Sul patto di continuazione delle società in nome collettivo cogli eredi*, *ivi*, p. 402 ss.; ID., *Sul patto di continuazione della società in nome collettivo cogli eredi d'un socio*, *ivi*, p. 401 ss.; ID., *Sulla cambiale in bianco*, *ivi*, p. 354 ss.; ID., *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, *ivi*, 1908, I, pp. 513 ss., 524 ss., 534 ss., 541 ss., 547 ss.; ID., *L'obbligazione astratta e l'obbligazione causale nella cambiale*, *ivi*, 1909, I, p. 597 ss.; ID., *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, *ivi*, I, p. 513 ss.; ID., *La questione del sopra-prezzo e la personalità giuridica delle azioni di commercio*, *ivi*, p. 246; ID., *Sulla cambiale in bianco*, *ivi*, pp. 354, 357 ss., 375 ss., 379; ID., *L'obbligazione astratta e l'obbligazione casuale nella cambiale*, *ivi*, pp. 597, 600 ss., 605, 617 ss.; ID., *La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista*, *ivi*, 1911, I, p. 589; ID., *A proposito della società con un solo socio*, *ivi*, 1912, I, p. 253 ss.; ID., *La successione di più eredi nel rapporto cambiario*, *ivi*, 1913, I, p. 535 ss.; ID., *La teoria dello check*, *ivi*, 1914, I, p. 299 ss.; ID., *Sulla teoria del conto corrente*, loc. cit.; ID., *I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali. (A proposito dell'opera del Manara sulle Società commerciali)*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 285 ss., 289, testo e nt. 1, pp. 290, 302, nt. 1, 303, nt. 2, 305, 308, 313, 315, 325, nt. 2; ID., *Comunione e quota*, loc. cit.; ID., *La società irregolare e il progetto di nuovo cod. di comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 423 ss.; ID., *L'obbligo del riassicuratore nel fallimento dell'assicuratore*, *ivi*, 1925, I, p. 257 ss.; F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge*, cit., p. 205 ss.; ID., *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo determinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 376 ss.; ID., *Personalità giuridica*, cit., p. 86 ss.; ID., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 358 ss.; ID., *Studi sulla sottoscrizione*, loc. cit.; A. SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale*, cit., p. 374 ss.; ID., *Codice vecchio e questione nuova (art. 134 cod. comm. 1882)*, *ivi*, 1910, I, p. 586 s.; F. FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, *ivi*, 1904, I, p. 285 ss.; ID., *La simulazione assoluta*, *ivi*, 1908, I, pp. 460 ss. e 550 ss.; ID., *Indole giuridica della società civile*, *ivi*, 1909, I, p. 517 ss.; ID., *La personalità giuridica delle società di commercio*, *ivi*, 1910, pp. 14 ss. e 97 ss.; ID., *Capacità delle persone giuridiche*, loc. cit.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche*, loc. cit.; A. ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di borsa*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 34 ss.; ID., *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio. La natura commerciale delle operazioni di banca*, *ivi*, I, p. 23 ss.; ID., *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, *ivi*, 1905, I, p. 265 ss.; A. BRUNETTI, *La cedibilità del bianco-segno bancario*, *ivi*, 1906, I, p. 230 ss.; G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, *ivi*, 1907, I, pp. 393 ss. e 500 ss., e *ivi*, 1908, I, pp. 10 ss.; (oltre agli studi già citati) V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, *ivi*, 1909, I, p. 477 ss.; F. BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore nel diritto commerciale italiano*, *ivi*, 1908, I, p. 429 ss.; A. ROCCO, *L'emissione di una cambiale in bianco e la sua natura giuridica*, *ivi*, 1905, I, p. 339 ss.; ID., *Il fallimento*, loc. cit.; ID., *La realizzazione*, loc. cit.; ID., *Studi sulla teoria gene-*

rale, loc. cit.; ID., *Sul concetto giuridico della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 404 ss.; ID., *Natura giuridica dell'espropriazione forzata*, *ivi*, 1912, I, p. 829 ss.; ID., *Saggio di una teoria generale*, cit., pp. 84, 86 ss., 89, 91 s., 107, 109 s.; ID., *Ancora per una teoria generale*, cit., pp. 113 ss., 122; A. DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 772 ss.; ID., *Natura giuridica del contratto di edizione*, *ivi*, p. 933 ss.; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi e la rappresentanza*, *ivi*, 1911, I, p. 85 ss.; U. MANARA, *La pretesa personalità giuridica di una società così detta società anonima con un solo azionista*, *ivi*, 1911, I, p. 1059 ss.; ID., *La questione sulla imponibilità del soprapprezzo nella dottrina belga contemporanea. Considerazioni e raffronti*, *ivi*, 1913, I, p. 1023 ss.; ID., *Una crisi dottrinale delle società anonime. Società, corporazioni o fondazioni?*, *ivi*, 1930, I, p. 564 ss.; I. LA LUMIA, *Il cosiddetto problema della causa della cambiale*, *ivi*, 1914, I, p. 741 ss.; L. MOSSA, *L'inefficacia*, loc. cit.; ID., *Lo check nel fallimento del traente*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 534 ss.; ID., *Lo check nel fallimento del possessore e del trattario*, *ivi*, p. 708 ss.; ID., *La documentazione del contenuto contrattuale*, *ivi*, 1919, I, p. 414 ss.; ID., *Il bollo dello check*, *ivi*, 1921, I, p. 426 ss.; ID., *Studi sugli usi*, loc. cit.; ID., *La clausola d'oro*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 589 ss.; ID., *I problemi*, cit., p. 233 ss.; ID., *Legittimazione nei pagamenti bancari su girata in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 164 ss.; ID., *Volontà e dichiarazione*, loc. cit.; ID., *La dichiarazione cambiaria*, loc. cit.; ID., *La girata*, loc. cit.; ID., *Il regresso nel diritto cambiario uniforme*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 669 ss.; ID., *La cambiale non all'ordine*, *ivi*, p. 786 ss.; ID., *Legge uniforme e nuova letteratura cambiaria*, *ivi*, 1936, I, p. 121 ss.; ID., *Per la nuova legge italiana sullo check*, *ivi*, 1937, I, p. 241 ss.; ID., *Società interna*, loc. cit.; ID., *Società commerciali personali*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 278 ss.; P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, *ivi*, 1916, I, p. 686 ss.; A. ASQUINI, *Sulla natura contrattuale dei trasporti nel campo dei pubblici servizi monopolistici*, *ivi*, 1919, I, p. 554 ss.; ID., *Su alcune fonti speciali in materia di trasporti attuati da imprese monopolistiche*, *ivi*, p. 685 ss; (oltre alle citazioni *supra et ultra*) T. ASCARELLI, *I debiti in moneta estera e l'art. 39 del cod. di comm.*, *ivi*, 1923, I, p. 444 ss.; ID., *La società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, *ivi*, 1924, I, p. 429 ss.; ID., *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni (A proposito di un libro recente)*, *ivi*, 1930, I, p. 735 ss.; ID., *La letteralità nei titoli di credito*, *ivi*, 1932, I, p. 238 ss.; ID., *Lastrattezza nei titoli di credito*, *ivi*, p. 385 ss.; ID., *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, *ivi*, p. 511 ss.; ID., *Concetto e categorie dei titoli di credito*, *ivi*, p. 642 ss.; ID., *Il regime delle società per azioni con particolare riferimento al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, *ivi*, 1932, I, p. 158 ss.; ID., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, *ivi*, 1934, I, p. 725 ss.; M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, loc. cit. (come ricordato, secondo A. Gambaro, il primo studio davvero comparatistico apparso sulla *Commerciale*); ID., *Studi sull'avviamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 276 ss., p. 439 ss.; ID., *La nozione giuridica*, loc. cit.; ID., *Il pegno*, loc. cit.; F. MESSINEO, *Contenuto e caratteri giuridici dell'apertura di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, p. 118 ss.; ID., *La "rappresentanza mediata" nell'acquisto di diritti*, *ivi*, p. 525 ss.; G. FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, *ivi*, 1926, I, pp. 121 ss., 253 ss.; ID., *La cessione della provvista bancaria*, *ivi*, 1931, I, p. 796 ss.; ID., *La cessione della provvista cambiaria*, *ivi*, 1932, I, p. 17 ss.; ID., *Nuovi provvedimenti e nuovi problemi in tema di società azionaria*, *ivi*, 1936, I, 458 ss.; ID., *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, *ivi*, 1939, I, p. 406 ss.; E. BETTI, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, *ivi*, 1927, I, p. 565 ss.; ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, *ivi*, 1929, I, p. 550 ss.; A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, *ivi*, 1931, I, p. 278 ss.; ID., *Il mandato di credito*, *ivi*, 1932, I, p. 315 ss.; V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, *ivi*, 1928, I, p. 408 ss., p. 508 ss.; ID., *Le società fittizie*, *ivi*, p. 290 ss.; ID., *Conti*

Come pure a me pare non condivisibile sostenere altresì sia che la *Commerciale* non avesse presente il «momento giurisprudenziale del diritto»¹⁰²; sia che alla *Rivista* restò «estranea l'idea della complessità del giuridico e delle sue fonti»¹⁰³.

correnti bancari e contratto di conto corrente, *ivi*, 1931, I, p. 710 ss. e 1933, I, p. 6 ss.; ID., *La girata normale a scopo limitato (cosiddetta girata fiduciaria)*, *ivi*, 1939, I, p. 155 ss.; W. BIGIAVI, *La natura giuridica dei nuovi assegni postali*, *ivi*, 1929, I, p. 285 ss.; ID., *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, *ivi*, 1936, I, p. 698 ss.; ID., *Dal codice di commercio alla legge cambiaria uniforme. Prolegomeni*, *ivi*, 1937, I, p. 111 ss.; ID., *Falso nella firma del delegante e del traente*, *ivi*, 1938, I, p. 366 s.; ID., *Autorizzazione, mandato, ordine nella delegazione*, *ivi*, p. 100 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, *ivi*, 1936, I, 346 ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, *ivi*, 1939, I, p. 557 ss.

¹⁰² V. anche sopra. Se non equivoco, colgo anche tale genere di critica in A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 49 s., nt. 17, in fine. Sennonché, anche in questo caso, le citazioni di segno contrario abbondano: basti, al riguardo, passare in rassegna, sin dal 1903, i fascicoli della *Rivista* per constatare la capillare attenzione: (i) alla selezione della giurisprudenza nazionale; (ii) alle valutazioni approfondite dei «movimenti» giurisprudenziali nazionali e al dialogo critico con essi instaurato; (iii) all'informazione dettagliata sulle esperienze giurisprudenziali straniere e alla loro (possibile o meno) funzionalizzazione interpretativa nel diritto interno. A quest'ultimo riguardo, s'impone rammentare: (a) con necessaria sintesi e a mo' di esemplificazione, soffermandosi anche solo primo fascicolo del 1903, le puntuali, e per nulla acritiche, citazioni di giurisprudenza francese, tedesca, austriaca di cui si avvalgono C. VIVANTE, *La personalità*, *cit.*, p. 21, nt. 3; ID., *Azionisti fiduciari*, *cit.*, p. 170, nt. 1 (e, d'altronde, in C. Vivante, «è in più alto grado la conoscenza della struttura tecnica e della funzione economica degli istituti di diritto commerciale, più quisito il senso delle esperienze pratiche del diritto»: A. ROCCO, *La scienza*, *cit.*, p. 300); A. SRAFFA, *Laccettazione*, *cit.*, pp. 30, nt. 1, 31 ss.; T. RAVÀ, *op. ult. cit.*, p. 176 ss. L'attenzione alla giurisprudenza straniera costituì una costante dei principali contributi pubblicati sulla *Commerciale*, non potendosi riscontrare, per molti di essi, una subalternità rispetto all'interesse per le dottrine straniere e, in taluni casi, singoli giudicati ottennero specifico e autonomo commento, in vista anche di una verifica di utilizzazione degli esiti ermeneutici stranieri nel nostro diritto (emblematico, ma affatto isolato, il riferimento di G. BONELLI, *La personalità giuridica*, *cit.*, p. 589 a giurisprudenza belga in tema di estinzione della società con azioni in mano a un unico socio); (b) le (già ricordate) Rassegne di giurisprudenza commerciale straniera. In particolare, pertinente rilievo, e pure in prospettiva sistematica, alla produzione giurisprudenziale straniera, si riscontra nei contributi di Bonelli [una delle più complete figure di giurista dell'Italia dell'epoca, come ebbe a definirla, anzitutto, A. ROCCO, *op. cit.*, p. 302; e v. pure C. ANGELICI, O. CAPOLINO, P. CIOCCA, M. PERASSI, M. STELLA RICHTER JR, G. TERRANOVA, *Gustavo Bonelli. Un giurista in banca d'Italia*, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/altre-pubblicazioni-giuridiche/2018/gustavo-bonelli-giurista/index.html; P. GROSSI, *Gustavo Bonelli: un protagonista del pensiero giuridico tra Otto/Novocento*, in *Quad. fiorentini*, 2018, p. 317 ss.].

¹⁰³ A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 50. In senso contrario, v., ma costituendo solo una minima parte, diverse delle citazioni accolte nelle note precedenti; nonché, ancora una volta, si possono passare in rassegna gli indici completi della *Rivista del diritto commerciale* e soffermarsi sui contenuti di numerosi saggi, recensioni, notizie, informazioni in essa contenuti.

3. *Contro la comparazione come «mera istanza logica» e per l'intreccio ermeneutico tra comparazione e interpretazione: Tullio Ascarelli e la comparazione come “risposta a una domanda ermeneutica” (per una rilettura gadameriana della comparazione in funzione interpretativa teorizzata e praticata da Ascarelli)*

Di là di quello che si sia disposti a pensare sul reale contributo della *Rivista del diritto commerciale*, anche dei primi decenni della sua attività, all'instradamento sul percorso dell'avveduta comparazione di/tra diritti nazionali, il giuscommercialista italiano, nel cammino a ritroso, in retrospettiva, verso la comparazione nel diritto societario, nel suo ritorno alle origini per “andare oltre”, pure verso una autonoma e feconda partecipazione alla teoria della comparazione giuridica, trova ovvero ritrova, a seconda dei casi, Tullio Ascarelli¹⁰⁴. Nello scandagliare, ricostruire ed esaminare i suoi itinerari e il suo apporto alla cultura, non solo giuridica, giuscommercialisti e non giuscommercialisti non hanno certo mancato di additare la comparazione giuridica come uno degli assi portanti della riflessione ascarelliana; e, da qui, quale uno dei suoi lasciti più significativi di e al pensiero. Queste due attestazioni godono di costante ripetizione in chi, più o meno *en passant*, si sofferma sulla produzione di Tullio Ascarelli.

Nel contempo, tra i giuscommercialisti e non, difettano approfondimenti dettagliati e articolati sull'evoluzione del pensiero ascarelliano in tema di comparazione giuridica *tout court*¹⁰⁵ e/o di funzionalizzazione ermeneutica

¹⁰⁴ In qualche modo, è del tutto scontato che due elementi legati alla vicenda personale di Ascarelli furono destinati a gravare (se non a giocare un ruolo determinante) sulla soluzione di continuità del contributo della nostra giuscommercialistica alla teoria della comparazione (come dell'ermeneutica normativa): l'abbandono dell'Italia nel 1938 (con il suo rientro nel 1946) e la sua scomparsa nel 1959.

¹⁰⁵ Di recente accenna ad “Ascarelli comparatista”, M. STELLA RICHTER JR, *Il giovane Ascarelli*, in I. BIROCCHI (a cura di), *Non più satellite*, cit., p. 276 s. Indicazioni (seppure si tratti degli iniziali passi delle elaborazioni critiche della produzione ascarelliana e sebbene il contesto espositivo sia quello di ricostruzioni generali) dell'accentuata dimensione comparatistica di Ascarelli è nelle pur raffinate e dense commemorazioni del pensiero giuridico di Ascarelli collocate in apertura degli *Studi* in sua memoria: cfr. A. ASQUINI, *Il pensiero*, cit., *passim* (ove pur si legge – p. LXXV s. – che egli «ha indicato la via migliore per restituire alla scienza del diritto commerciale l'antica freschezza e nello stesso tempo per sprovvincializzarla. È questo il significato del suo presente invito ad alimentare gli studi di diritto comparato»); (soprattutto) N. BOBBIO, *op. cit.*, *passim* (ove – p. XCIX – la già rammentata sensibilità comparatistica già evidente nelle recensioni su *Riv. int. fil. dir.*, 1925-1929); G.B. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit., *passim*; in seguito, v., tra altri, pure i cenni di B. LIBONATI, *Ricordo*, cit., p. 1035 s.; D. CORAPI, *L'idea di codice nell'insegnamento di Tullio Ascarelli e l'attuale evoluzione delle codificazioni nel diritto commerciale*, in *Le droit comparé des affaires au XXI siècle. Mélanges*

della comparazione¹⁰⁶. Intendo contributi paragonabili a quelli dedicati, *ex professo*, alla teoria dell'ermeneutica normativa di Ascarelli, sebbene invero anche questi non abbiano riscosso tra i giuscommercialisti l'attenzione che avrebbero meritato e ancora meritano. Ma anche nell'assoluta maggioranza dei contributi su Ascarelli teorico dell'interpretazione normativa, la teoria ascarelliana sulla comparazione o viene isolata dal resto (o, comunque, non ne escono evidenti i saldi collegamenti con tutto il resto e il suo innesto portante nell'intelaiatura del pensiero ascarelliano) o è trattata come un "di cui" della teoria dell'interpretazione, ma finendo per scolorire in essa, invece che per uscirne esaltata secondo adeguati sviluppi dei nessi¹⁰⁷. Perché se è vero che, almeno negli approdi finali del percorso culturale di Ascarelli, interpretazione normativa e comparazione sono avvinti da un legame non più scindibile, in un crescendo che dalle indicazioni sparse delle recensioni del 1925-1929¹⁰⁸

à la *mémoire de C. Ducouloux-Favard*, Bruylant, Bruxelles 2017, p. 84 ss.

¹⁰⁶ Credo, in particolare, che la dottrina comparatistica italiana non abbia pagato il giusto tributo ad Ascarelli comparatista; di certo, non spiegabilmente più ridotto di quello riservato a M. Rotondi.

¹⁰⁷ Per assai recenti spunti in controtendenza, ma sviluppati non dalla giuscommercialistica, cfr. M. GRONDONA, *Emilio Betti e la comparazione giuridica: premesse per una discussione*, di prossima pubblicazione in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma Tre Press, Roma 2020, p. 255 ss. La carenza di riflessioni davvero approfondite su Ascarelli "comparatista", e sui nessi tra la sua teoria dell'ermeneutica normativa e quella comparatistica, affligge, salvo anche qui sparute eccezioni almeno di inizio di impostazione della questione (R. FAVALE, *Emilio Betti e gli studi di diritto civile comparato al tempo della nuova codificazione*, in ID., F. MERCOGLIANO (a cura di) *Emilio e Ugo Betti. Giustizia e teatro*, ESI, Napoli, 2019 p. 79 ss.), anche Betti "comparatista" (e pure la correlazione, in E. Betti, *comparazione-interpretazione: per cui v. anche, ma non solo, E. BETTI, Il metodo comparativo come direttiva nell'interpretazione del diritto*, ora in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 654 ss.), come assai di recente fatto distintamente ri-emergere da M. GRONDONA, *op. utl. cit.*, *passim* [spec. p. 262 ss.: comparazione e interpretazione «assolvono alla primaria funzione conoscitiva di ricostruire l'ordine giuridico in quanto fenomenologia sociale»; in Betti «interessi concreti e struttura giuridica possono trovare qualche punto di armonia grazie alla comparazione, che come tale è mezzo di interpretazione (e del resto quest'ultima è mezzo di comparazione, appunto perché, di fronte all'oggetto di interpretazione, il confronto con 'dati' diversi – ma pur sempre raffrontabili – assume un decisivo ruolo conoscitivo)»]. Una raffinata complessiva "rilettura" di Betti, sempre di recente, in G. ZACCARIA, *Ripensare Emilio Betti, oggi*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2019, p. 517 ss.

¹⁰⁸ Nel ripercorrere la produzione ermeneutica e comparatistica di Ascarelli, non è frequente la menzione di contributi (seppure di "rassegna") pubblicati, negli anni indicati nel testo, su riviste tedesche: e v., al riguardo, T. ASCARELLI, L. RAISER, *Währungsrechtliche Fragen in der italienischen Rechtsprechung*, in *Zt. ausl. int. Privatrecht*, 1928, p. 793 ss. In quegli stessi anni, la produzione di Ascarelli è oggetto di riferimenti nella medesima dottrina tedesca: v., ad esempio, le citazioni in M. RHEINSTEIN, *Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur Italiens im zweiten Halbjahr 1926*, *ivi*, 1927, p. 604 ss.; G. ZACCARIA, *Ripensare Emilio*

conduce alla produzione della fine degli anni Cinquanta¹⁰⁹; non men vero è che comparazione e interpretazione, in Ascarelli, procedano, all'inizio, su sentieri paralleli che si lambiscono, restando però, sebbene talvolta provvisoriamente intersecandosi, esterni l'uno all'altro, pur preparandosi al congiungimento finale del cammino ascarelliano.

Ciò è intuito, indicato e sviluppato, almeno in via di tentativo di preliminare schiarimento e definizione, in quella che resta, a mio avviso, la più rilevante eccezione a questa carenza. Mi riferisco alla penetrante, paziente e ponderosa analisi, peraltro ormai datata di trentasei anni, dedicata da Antonio De Gennaro a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*¹¹⁰. A risultare apprezzabile è, a mia opinione, avere dinamizzato e cercato di fare emergere e seguire, nel suo divenire affatto uniforme, ma nondimeno "circolare"¹¹¹, il percorso (*rectius*, i percorsi) ascarelliani di teoria e pratica della comparazione¹¹². Percorsi – racchiusi, a volerli sapere leggere, già nella sequenza di

Betti, oggi, Rechtsprechung und Literatur Italiens im Jahre 1928, ivi, 1930, p. 564 ss.; Id., Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsliteratur Italiens im Jahre 1929, ivi, 1930, p. 986 ss.; G. ZACCARIA, Ripensare Emilio Betti, oggi, Italienische Rechtsprechung 1932. I. Teil., ivi, 1933, p. 679 ss.; Id., Italienische Rechtsprechung 1931. I. 1931, ivi, 1932, p. 1002 ss.; E. VON CAEMMERER, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsliteratur Italiens im Jahre 1930, ivi, 1931, p. 806 ss.; Id., Italienische Rechtsprechung 1931. II. Teil., ivi, 1933, p. 136 ss.; successivamente, v. anche in A. NUSSBAUM, Some Aspects of American "Legal Realism", in 12 J. Leg. Ed., 1959, p. 182 ss.; J.H. MERRYMAN, The Italian Style III: Interpretation, in 18 Stan. L. Rev., 1966, p. 583 ss.; E. GENZMER, A Civil Lawyer's Critical Views on Comparative Legal History, in 15 Am. J. Comp. L., 1966, p. 87 ss.; J. PUIG BRUTAU, Realism in Comparative Law, ivi, 3, 1954, p. 42 ss.; L. ROUX, Hobbes au XXesiècle: quelques références contemporaines à Hobbes, in Rev. europ. des sciences sociales, 1982, p. 361 ss.; G. KALINOWSKI, La Logique Juridique de Leibniz: Conception et contenu, in Studia Leibnitiana, 1977, p. 168 ss.; H. BEN-MENAHEN, Leibniz on Hard Cases, in ARSP, 1993, p. 198 ss.; D.A. FRANK, W.DRISCOLL, A Bibliography of the New Rhetoric Project, in 43 Phil. & Rhet., 2010, p. 449 ss. Ulteriori citazioni di attenzione della dottrina straniera ad Ascarelli si trovano in M. STELLA RICHTER JR, Ascarelli studente, loc. cit.

¹⁰⁹ E con reminiscenze – v. *supra* – di alcune pur rapide riflessioni che furono già proprie di Vittorio Scialoja: cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., p. 941 ss. (in particolare, sull'"assorbimento" della comparazione nell'interpretazione).

¹¹⁰ A. DE GENNARO, *op. cit.*, in particolare, p. 618 ss. (ma apprezzabile pure, sotto certi aspetti, la collocazione della teoria della comparazione di Ascarelli nel suo complessivo pensiero giuridico elaborata già da L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, p. 129 ss.). A De Gennaro si deve anche una raffinata analisi dell'ermeneutica bettiana quale appropdo di uno sviluppo culturale ben contrassegnato: A. DE GENNARO, *Emilio Betti: Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, in *Quad. fiorentini*, 1978, p. 79 ss.

¹¹¹ Per parte mia, non adotto qui l'espressione in senso gadameriano.

¹¹² Ascarelli arriva alle (sue più compiute) teorizzazioni comparatistiche dopo avere offerto alta prova di pratica comparatistica.

intitolazione dei saggi comparatistici¹¹³ –, lungo i quali la compenetrazione conclusiva tra conoscenza¹¹⁴ e comprensione comparatistica, da una parte, e interpretazione normativa, dall'altra¹¹⁵, divengono ed esplicitano l'esito di un processo ermeneutico che non esiterei a definire, gadamerianamente¹¹⁶ (sì che in Ascarelli «si ritrovano, in maniera germinale, alcuni tratti fondamentali»¹¹⁷

¹¹³ A. DE GENNARO, *Crocianesimo*, cit., p. 641, a proposito di T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., osserva che nello «stesso titolo, per la prima volta, diritto comparato e interpretazione giuridica venivano esplicitamente congiunti». Nella sequenza dei titoli calibrati sul binomio “comparazione-interpretazione” (con scelte a valenza significativa dell'intenso rapporto comparazione di/tra diritti nazionali e teoria dell'ermeneutica normativa), v., altresì, T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 17 ss.; ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 157 ss.; ID., *Étude comparative et interprétation du droit*, in ID., *Problemi giuridici*, I, cit., p. 319 ss.

¹¹⁴ In un'accezione che muove, certo, dell'attestazione della comparazione come attività di «conoscenza pura» [nella migliore comparatistica italiana di poco successiva, cfr., per tutti, G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, p. 932 s.; (e prima) ID., *Studio storico comparativo della Common Law e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 25 ss.; (più avanti negli anni) ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981, p. 53], ma si sviluppa oltre.

¹¹⁵ Selezionando un piano di osservazione generale, mi trovo d'accordo l'affermazione che, nel valutare il nesso tra comparazione e teoria del diritto, vede in quest'ultima la prosecuzione a livello teorico più alto della storia del diritto e del diritto comparato: M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fiorentini*, 2015, p. 87. Con la necessaria precisazione che la teoria della comparazione, nelle sue manifestazioni più raffinate, non può non intrecciarsi, esplicitamente o implicitamente, con la teoria dell'ermeneutica normativa e, salendo di tematizzazione, con la teoria del diritto; ma anche viceversa, nel senso – e v. dopo – che l'interpretazione normativa non può non essere “comparatistica” (qui nella circoscritta accezione di “rivolta al e svolta con la comparazione di/tra diritti nazionali”).

¹¹⁶ Nel contempo, manca ogni evidenza di conoscenza diretta da parte di Ascarelli di scritti filosofici di Gadamer anteriori (in particolare, a partire dal 1931) al 1959 (la prima edizione di *Wahrheit und Methode* è del 1960; e un “filtro” ovvero un viatico verso Ascarelli delle idee gadameriane, sempre per ragioni di tempi, non mi pare potè rappresentare l'opera di Esser: di cui, come ho accenato, Ascarelli conobbe solo *Grundsatz und Norm, non Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*; ultima opera nella quale *Wahrheit und Methode* di Gadamer, nella sua seconda edizione, viene più volte citato: v. pp. 79, nt. 28; 133, nt. 61; 136, ntt. 66-67, 137, nt. 68). E mi pare, pertanto, che una “rilettura gadameriana di Ascarelli” (o forse, e all'inverso, una “rilettura ascarelliana di Gadamer”?) possa essere promossa non solo con riguardo a quanto teorizzato, per l'ermeneutica giuridica, da T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, p. 756 ss.: in quest'ultima prospettiva, qualche abbozzo di confronto vi è forse in A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009, p. 160, testo e nt. 17; e, in ogni caso, di certo un esile ma significativo spunto (l'ho ricordato) in L. MENGONI, *Teoria generale*, cit., p. 16 s.

¹¹⁷ Parole che replico da G. BLANDO, *op. cit.*, p. 392; il quale, però, le riferisce alla “rilettura

dell'ermeneutica di H.-G. Gadamer); un autentico «progetto ermeneutico»¹¹⁸, il quale deve pur sempre corrispondere al progetto normativo (l'ascarelliana «continuità» con l'ordinamento di riferimento), per quanto riadattato tramite attualizzazione¹¹⁹: percorsi nei quali, quindi, la comparazione s'iscrive, sempre gadamerianamente, nel «fenomeno della comprensione e della retta interpretazione del compreso»¹²⁰ prima di tutto del diritto o dei diritti «stranieri»; e, da là, con oggetto il testo normativo di diritto interno, si colloca nel processo e nel progetto ermeneutico di (della sua) significazione¹²¹.

Ciò che ancora difetta, invece, è proprio la piena consapevolezza dello sviluppo della dimensione e della portata autenticamente e completamente

comparata» di Ascarelli con Dworkin.

¹¹⁸ In senso gadameriano (H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 251): v. oltre; nonché V. CARIELLO, *op. ult. cit.*

¹¹⁹ Cfr. dopo; e V. CARIELLO, *op. ult. cit.*

¹²⁰ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. XXV. Questa, si sa, la celebre definizione programmatica dell'*hermeneutisches Problem*, dove si salda la nota (ma nondimeno non di rado equivocata) convinzione gadameriana relativa all'«atto interpretativo inteso come unità», quale «processo unico» [*ivi*, pp. 291 e 293 s.: l'applicazione costituisce, come/con comprensione e interpretazione (spiegazione), un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità («Anwendung ein ebenso integrierender Bestandteil des hermeneutischen Vorgangs ist wie Verstehen und Auslegen»); «la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto sono due atti separati, ma un processo unico» (invero, in parte delle contemporanee teoria generale del diritto/dell'interpretazione e filosofia del diritto tedesche, *Rechtsaulegung* e *Rechtsanwendung* sono talmente compenstrate da non comprendersi se avvinte da un'unità solo funzionale ovvero anche strutturale: di recente, cfr., ad esempio, J. BRAUN, *Aspekte der Rechtsanwendung*, in *ARSP*, 2019, p. 44 ss.; v. pure R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 256 ss.). Ma – a scanso di equivoci – questo non significa affatto che per Gadamer «comprendere e applicare coincidono in un unico atto ... : non si tratta di unità (strutturale) di atto, ma di unità funzionale»: così, lucidamente, L. MENGONI, *Teoria generale*, cit., p. 16, nt. 58. A me pare da confermare – v. anche V. CARIELLO, *op. ult. cit.* – che un testo (anche) normativo «compreso» non si possa dire ancora «interpretato». Nella comprensione l'interpretazione è propriamente ancora sospesa, nel senso che sono sospese le risposte alle domande interpretative generate dal testo; e v. P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 141 («rimuovere la sospensione del testo e portarlo a compimento nella parola, restituendolo alla comunicazione vivente: allora lo interpretiamo»). Forse è attendibile affermare che la distinzione gadameriana tra comprendere e interpretare sarebbe ignota all'uso comune dei giuristi (il che non vuol dire ignota a tutti i giuristi), per i quali comprendere significa interpretare: così M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 403, nt. 101. Nondimeno, da una parte, si tratta di distinzione ermeneuticamente proficua anche per il giurista; dall'altra, come appena sopra ricordato, la distinzione non pregiudica l'unità del processo (colto anche sotto il profilo dell'unità tra conoscenza e applicazione: e v. pure *ivi*, p. 427), a prescindere poi che si creda di potere registrare in Gadamer un peso diverso concesso e riservato alle componenti ermeneutiche del processo medesimo.

¹²¹ Cfr. V. CARIELLO, *op. ult. cit.*

ermeneutica della comparazione in Ascarelli¹²². Se però si oblia ovvero si trascura questo divenire circolare¹²³ di comparazione di/tra diritti nazionali¹²⁴ e interpretazione – il quale realizza, alla fine, transitando da un «un semicircolo o una circolarità asimmetrica»¹²⁵, un congiungimento di due «progetti preliminari»¹²⁶ di significato (il progetto dell'ermeneutica normativa e il progetto comparatistico), preliminari nel senso appunto di non ancora congiunti e definiti reciprocamente –, oltre a rischiare il fraintendimento della teoria ascarelliana della comparazione e a ridurla a un frammento puramente e totalmente subalterno (se non, appunto, sostanzialmente esterno e di corredo) alla teoria ermeneutica ascarelliana, si smarrisce, assieme a un'ennesima manifestazione «della [generale] sopraffina abilità combinatoria di Ascarelli»¹²⁷, la rilevante potenzialità ermeneutica della reciproca interferenza e ci si preclude la possibilità di svilupparne gli esiti più preziosi e proficui¹²⁸. E si rischia, nel contempo, di non apprezzare per intero il robusto e innovatore contributo di ascarelliano al cosiddetto problema del metodo: direi meglio, e meno limitatamente, di non assimilare, nella sua completezza, la «chiara consapevolezza» di Ascarelli «che è proprio attraverso ... l'assunzione di determinate premesse d'ordine solo apparentemente

¹²² Non penso che la robusta funzionalizzazione ermeneutica che la comparazione finisce (finirà) per assumere in Ascarelli risulti smentita dall'affermazione – M. GRONDONA, *Tullio Ascarelli tra 'inerzia giuridica'*, cit., p. 7 – secondo la quale «non andrà mai dimenticato che per Ascarelli il diritto comparato, in quanto metodo, va avvicinato alla sociologia e alla storiografia, più che al diritto positivo».

¹²³ A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 641 (v. dopo).

¹²⁴ Tra i quali, e prima ancora, vi è circolarità (nel/del processo conoscitivo); cfr. anche T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 19 (prima che per analogia o diversità di *soluzione*, i vari diritti si distinguono per la diversità dei *problemi* che le rispettive normative si propongono di risolvere; per la diversità di impostazione dei problemi: «compito del comparatista è rendersi conto di questa diversità e del loro perché ed è così che egli sarà condotto a porre in evidenza aspetti di ogni diritto che invece sfuggono nello studio di un sistema isolatamente considerato e potrà, tornando allo studio proprio diritto, scorgerne caratteri che prima gli rimanevano nascosti»). V. pure, sempre in altra comparatistica italiana dell'epoca, G. GORLA, voce *Diritto comparato*, cit., p. 928. E per un esempio nella dottrina comparatistica di diritto societario comparato, v. A. CAHN, D.C. DONALD, *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 7.

¹²⁵ A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 651.

¹²⁶ Sempre in senso gadameriano.

¹²⁷ M. GRONDONA, *op. ult. cit.*, p. 1.

¹²⁸ Probabile che anche per la teoria della comparazione ascarelliana si possa considerare unitariamente la produzione posteriore alla fine del secondo conflitto mondiale (A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 601 ss.; v. pure M. MERONI, *op. cit.*, p. 226). Il che però non deve comportare, metodologicamente, di sezionare in comparti, blandamente intercomunicanti, la sua riflessione, non cercando di valorizzarne permanenti linee di continuità.

metodologico che da parte del giurista possono farsi valere determinate prese di posizione o determinate prospettive ideologico-valutative nell'ambito del processo di applicazione del diritto»¹²⁹.

È auspicabile, nondimeno, che si acquisisca e conservi precisa consapevolezza che a uno stadio iniziale, ma affatto smarrito nelle fasi successive, del pensiero di Ascarelli «la funzione del diritto comparato nei confronti dell'interpretazione di un diritto vigente, rimane meramente 'ausiliaria', integratrice o complementare e, perciò, tutto sommato, ancora esterna: più forti dei legami continua[no] ... le differenze»¹³⁰. Già in questo stadio, tuttavia, «studiando un diritto straniero e scoprendone le 'premesse implicite', ossia le valutazioni storicamente condizionate dei giuristi o interpreti nazionali di quel diritto, il comparatista perv[iene] anche alla consapevolezza delle premesse di valore che condizion[ano] necessariamente il suo lavoro di giurista positivo, mettendosi così in grado di fornire una spiegazione più completa di alcuni problemi del diritto vigente del suo stesso Paese»¹³¹. È però unicamente nella successiva evoluzione della sua riflessione, connotata dal «riconoscimento esplicito del legame tra storiografia giuridica e interpretazione del diritto», che Ascarelli va «sempre maggiormente accentuando i legami tra diritto comparato o storia del pensiero giuridico e interpretazione del diritto, fino a metterne in luce ... il carattere intrinseco e la reciproca circolarità»: i «legami ... fra diritto comparato o storia del pensiero giuridico e interpretazione del diritto, si fa[nno] ben altrimenti intrinseci e reciproci»¹³².

E mi pare che vada rimarcato pure come la spiccata sensibilità e

¹²⁹ Così L. CAIANI, *op. cit.*, p. 135 s. Mi sembra degno di nota che l'importanza "metodologica" dell'opera di Ascarelli (direi: la centralità imprescindibile della sua posizione nel processo di sviluppo del pensiero giuridico italiano), la trasversalità culturale della sua riflessione fosse stata colta, ancora prima della sua scomparsa, e con analisi articolata (sebbene non così articolata e variegata come quelle di De Gennaro), da un non giuscommercialista.

¹³⁰ A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 631 s., il quale immediatamente aggiunge: in Ascarelli «la comparazione giuridica, come ogni altra disciplina storica, mirava ad accertare la disciplina giuridica effettivamente vigente in un determinato sistema, e non invece quale potesse essere, nel sistema in questione 'la soluzione di un caso o di un problema non risolto'. L'interpretazione giuridica, al contrario, mirava proprio ... a 'ricostruire' un determinato sistema, a svilupparlo, al fine di renderlo applicabile a casi sempre nuovi. Il diritto comparato differiva perciò radicalmente non soltanto dall'interpretazione giuridica in genere, ma anche da quella di un diritto straniero quando quest'ultimo era richiamato, mediante le norme del diritto internazionale privato, ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione nel diritto interno».

¹³¹ A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 629. Ed è sì condivisibile che, in questo stadio, «mettere sullo stesso piano ... interpretazione giuridica e diritto comparato, avrebbe in realtà significato, sotto l'aspetto storiografico, postulare l'esistenza di fatti inesistenti»: *ivi*, p. 633 ss.

¹³² *Ivi*, pp. 640 s. e 652.

avvedutezza comparatistica di Ascarelli fosse un “portato”, una “ricaduta” della sua massima apertura culturale e trasversalità di saperi, la quale lo animava e ne innervava la riflessione e l’esposizione dei suoi esiti, qualunque fosse l’argomento prescelto. Intendo affermare che in Ascarelli l’attenzione per la comparazione non è fine a se stessa, non costituisce l’espressione e l’esplicazione di un’istanza di pensiero precisamente definibile solo come tale, un afflato culturale potente ma carente di sbocchi applicativi, bensì si forma, agisce e s’impone come componente della complessiva funzione del giurista e del suo apporto al progresso del pensiero e della società.

Attenzione non fine a se stessa, allora, perché calibrata verso l’analisi funzionale degli istituti oltre le «auto-definizioni legislative per accostarsi alla realtà cui esse rinviano»¹³³. Attenzione non fine a se stessa, inoltre, perché convogliata verso il richiamo al giurista «alla considerazione storica e sociologica, ossia alla funzione effettivamente svolta dall’istituto nella realtà di un luogo e di un’epoca determinata»¹³⁴. Attenzione non fine a se stessa, infine, poiché connotava l’autentica essenza di uomo di pensiero di Ascarelli: al cui spirito – commemorò incisivamente G. Auletta – «fu sempre presente il rischio, proprio dell’uomo di pensiero, di non riuscire ad interpretare adeguatamente la realtà oggetto della propria ricerca. Da ciò la sua prudenza e la sua tenacia, quel suo estendere sempre più i confini della realtà da interpretare, confrontando i dati di un determinato ambiente con altri dati di altri ambienti, i dati del presente con i dati del passato, quel suo procedere per gradi, partendo da una sfera di applicazione limitata e saggiando man mano l’ambito di applicazione di un concetto, per quanto seducente lo stesso potesse sembrare»¹³⁵.

Il “procedere per gradi” contrassegna, in modo emblematico, la teoria della comparazione ascarelliana. I momenti di snodo e raccordo, di definitivo imbocco e completamento del suo percorso autenticamente ermeneutico della comparazione, di attuazione del connesso progetto ermeneutico, i momenti nei quali «il circolo tra diritto comparato e interpretazione»¹³⁶ si prepara

¹³³ Così, sul compito del giurista per Ascarelli, L. CAIANI, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁴ *Ivi*, p. 152, il quale precisa (p. 153) che «a tale compito si dimostra altamente utile e necessario lo studio del diritto comparato, che per certi aspetti si configura come una vera e propria forma d’indagine giuridica-sociologica, poiché su questo piano la conoscenza degli istituti in rapporto alla loro reale struttura e alla loro effettiva funzione sociale non ha un diretto carattere normativo ... ma un carattere invece informativo, essendo intesa ad ampliare l’esperienza del giurista». Tuttavia, ciò che Caiani non coglie appieno – e che invece ben risalta nell’analisi di De Gennaro – è, appunto, la progressiva funzionalizzazione ermeneutica (e, in essa, interpretativa) della comparazione nell’evoluzione del pensiero ascarelliano. Funzionalizzazione “controllata”, selezionata, focalizzata.

¹³⁵ G. AULETTA, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 495.

¹³⁶ Per inciso, e a scanso di equivoci e ancora una volta, la rilevazione, da parte di Ascarelli,

definitivamente a divenire e diverrà «veramente completo»¹³⁷, conoscono quattro (ravvicinate) date principali¹³⁸: 1952, 1953, 1954 e 1958¹³⁹. La prima coincide con il volume «Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione» (e, in particolare, per l'afflato unitariamente programmatico, con la sua Prefazione)¹⁴⁰; la seconda con «Diritto comparato e teoria dell'interpretazione»¹⁴¹; la terza con «Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato»¹⁴²; la quarta con «Étude comparative et interprétation du droit»¹⁴³. I quattro contributi andrebbero attentamente rimeditati e ricontestualizzati, tanto nell'integrale *iter* di pensiero ascarelliano, quanto nella loro collocazione nell'ambito della riflessione della cultura giuridica del decennio 1950-1960. Essi indicano, soprattutto (ma ritengo non solo) a noi giuscommercialisti, alcune ancora oggi fattive direzioni del cammino verso la

della “diversa posizione del giurista in quanto interprete di un diritto” e “in quanto comparatista” non significa affatto che la comparazione non possa essere funzionalizzata, in grazia di un pertinente processo ermeneutico, all'interpretazione normativa.

¹³⁷ A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 653.

¹³⁸ Anche se, come chiaro dal testo, ciò che accade prima e durante questo lasso temporale, la produzione scientifica che lo precede e in esso collocata (v. *infra*), è componente indispensabile del percorso e del relativo «progetto ermeneutico».

¹³⁹ Richiami di attenzione (pur non su tutti i profili che sto per evidenziare) anche in A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 641 ss.

¹⁴⁰ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (soprattutto, p. XII ss.): ma pure, sempre con indicazioni metodologiche generali, ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 3 ss. (nel Capitolo iniziale, raggruppati sotto il titolo *Considerazioni generali*, sono inclusi i tre saggi *Premesse allo studio del diritto comparato*, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*). Sintomatico l'attacco della *Prefazione* al volume (replicato in *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit.): «non costituisce un segreto quello di un relativo disinteresse della nostra dottrina giuridica per gli studi di diritto comparato, così come è facile osservare un opposto indirizzo negli ultimissimi anni nei quali insieme si viene riproponendo l'esame della natura della scienza giuridica e dell'interpretazione» (p. IX). Questa constatazione parrebbe smentire il comune e connesso destino cui credo sia andata incontro la prevalente giuscommercialistica italiana tanto in tema di teoria della comparazione, quanto in materia di teoria dell'interpretazione normativa. In realtà, è agevole replicare che questa sorte comune riguarda appunto la dottrina giuscommercialistica, non la dottrina giuridica *tout court*: nella quale si registrava, all'epoca, una scissione (di là a poco, peraltro, progressivamente ricomposta) tra “disattenzione” alla teoria della comparazione e “ripresa di attenzione” per la teoria dell'interpretazione.

¹⁴¹ T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 17 ss.

¹⁴² T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 157 ss.: nel quale, precisa l'Autore (in nota *) sono ripresi «in alcune loro parti orientamenti» da lui «sviluppati nella prefazione al volume *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*» e in alcuni saggi in esso inseriti.

¹⁴³ T. ASCARELLI, *Étude comparative et interprétation du droit*, cit., p. 319 ss., spec. p. 325 ss.

comparazione di/tra diritti nazionali “in funzione ermeneutica”¹⁴⁴.

E pur tuttavia, a me pare che fin da una recensione del 1929, accolta nella *Rivista del diritto commerciale*¹⁴⁵, Ascarelli, già con consapevolezza e maturità di visione, avesse tratteggiato, raccogliendo indicazioni “di metodo” disseminate nella sua pur “giovane” produzione, le direttive di vertice del suo progetto ermeneutico comparatistico. Il quale segue e corre parallelo a quello di M. Rotondi: potendosi leggere specularmente e “in combinazione”, almeno per taluni spunti che rivelano identiche istanze ispirazioni e convinzioni, la recensione ascarelliana e le due del giurista di Gorla Minore ospitate, sempre sulle pagine della *Commerciale*, nel 1925 e nel 1930¹⁴⁶, nonché, la breve ma pregnante monografia di M. Rotondi datata 1927¹⁴⁷.

È con queste parole che Ascarelli – facendo il punto e con un vero e proprio programma di sintesi (e mostrando piena conoscenza degli approdi contemporanei delle teorizzazioni sulla comparazione) – apre la Recensione (appunto del 1929) ai volumi II e III dell’*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* curati da S. Galgano: «della necessità di uno studio del diritto comparato si parla ormai generalmente con molta insistenza; v’ha chi ritiene

¹⁴⁴ Ma pure con il diritto dell’Unione europea.

¹⁴⁵ Forse ancor di più che nelle perspicue recensioni apparse, come accennato, tra il 1925 e il 1929 sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*; e in quella in citazione nel testo.

¹⁴⁶ Nel 1925, la Recensione a E. RABEL, *Aufgabe*, cit.; nel 1930, la Recensione a F. MESSINEO, *L’indagine comparativa*, cit. Quanto alla prima, alcuni incisi rotondiani appaiono sintonici con quanto scriverà Ascarelli (non solo quattro anni dopo): e in particolare, la qualificazione (che è portato di una corrispondente consapevolezza) come «ardu» degli studi comparatistici (identica coscienza, si è visto, espressa già dalla pagine della *Commerciale*); la sottolineatura (ripresa da Rabel) delle «gravi difficoltà» delle «ricerche comparativistiche» e la stigmatizzazione – tratta sempre da Rabel – della circostanza che «niente ha più gravemente danneggiato il diritto comparato ... quanto un certo diletantismo con cui si diede inizio a tale studio»; il conseguente avvertimento che «comparazione di articoli e di norme non è ancora scienza del diritto comparato»; l’osservazione, altrettanto connessa, secondo la quale la *Dogmatische oder systematische Vergleichung* fosse stata «troppo spesso ridotta ad una meccanica giustapposizione di norme di codici differenti», rivelandosi però questo un «metodo non solo insufficiente, ma fallace e fonte di errori» (e dove il pericolo della *fallacia* nella e della comparazione ritroveremo, con identica terminologia, anche in T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 176; v. oltre); la destinazione (ancora una volta, ripresa da Rabel) della «scienza del diritto comparato diretta alla conoscenza completa, organica ed unitaria del fenomeno giuridico, [la quale] apre la via all’esame critico dell’ordinamento giuridico positivo (*Rechtskritik*) e alla politica legislativa (*Rechtspolitik*)»; la convinzione che «così inteso lo studio del diritto comparato appare come il più formativo per la preparazione tecnica del futuro giurista, ma appare [s’insiste] anche ricco di gravissime difficoltà»; l’interrogativo, infine, su «cosa si sia fatto noi – fuori degli isolati tentativi – per diffondere tali studi e per dar modo alla futura scienza italiana di contribuire a questo campo di ricerche».

¹⁴⁷ M. ROTONDI, *Il diritto come oggetto di conoscenza*, cit.

come detto studio possa giovare a cogliere le leggi generali dell'evoluzione giuridica, v'ha invece chi, più modestamente, non crede molto a leggi generali di evoluzione e a loro possibili scoperte, ma ritiene tuttavia lo studio del diritto comparato utilissimo per il giurista, per il legislatore, per il pratico. Per il giurista perché il diritto comparato costituisce un mezzo per allargare la propria esperienza nell'ordine dello spazio, così come la storia permette un arricchimento della propria esperienza giuridica nell'ordine del tempo. E questo allargamento di esperienza giuridica permette poi di intendere più profondamente le stesse peculiarità del diritto del proprio Paese; di affinare la propria sensibilità onde cogliere le norme più opportune in relazione alle varie esigenze sociali; di trarre dalla legislazione e della dottrina estera ammaestramento fecondo per le costruzioni giuridiche nel campo del proprio diritto. È così – prosegue Ascarelli – che sulla fine del secolo scorso e sull'inizio di quello attuale, la scienza italiana ha largamente attinto alla scienza straniera¹⁴⁸ ... Ma il compito, anzi che essere già esaurito, è appena all'inizio¹⁴⁹.

Ora, muovendo da siffatte e altre convinzioni già espresse, ma sistemtaizzandole e ulteriormente modulandole e indirizzandole nonché più precisamente calibrandole e arricchendole di nuove, Ascarelli, nei quattro studi del 1952, 1953, 1954 e 1958, si ri-focalizza e focalizza, tra l'altro: (i) sul "processo"¹⁵⁰ di ermeneutica normativa come «scrupolosa intelligenza delle norme poste», la quale «non si esaurisce in questa ... perché volto all'applicazione e perciò ad una rielaborazione delle norme, ai fini di una valutazione normativa della realtà»¹⁵¹, giacché «la coerenza logica del sistema e la compatibilità delle

¹⁴⁸ Ripercorrendo il cammino della dottrina civilistica, ne dà atto, tra altri (soprattutto con riferimento al «lavoro di divulgazione e di assimilazione della dottrina tedesca» tra il 1860 e il 1890), nella cultura giuridica dell'epoca, anche F. FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 433 s.

¹⁴⁹ T. ASCARELLI, Recensione ad *Annuario*, cit., p. 703. E Ascarelli rimarca – invero, con giudizio forse eccessivo nella generalizzazione – come «perfino rispetto alla Francia e alla Germania la nostra cultura comparatistica è straordinariamente lacunosa ...; almeno rispetto alla Germania, le nostre informazioni [sono] arretrate di vent'anni, sì che c'è in gran parte ignota l'opera veramente imponente compiuta dalla giurisprudenza pratica germanica»; mentre meno eccessiva – ma sempre con eccezioni (di cui si può avere riscontro passando in attenta rassegna, ad esempio, proprio le annate della *Commerciale*) – la considerazione secondo cui «vi sono ... Paesi rispetto ai quali la nostra coltura comparativistica è pressoché nulla. Penso particolarmente al mondo anglo-sassone». Sul rinnovamento della conoscenza tramite comparazione, v. pure, sempre in quegli anni, F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 32.

¹⁵⁰ Ci si dovrebbe soffermare a bene ponderare la sintonia tra Ascarelli e Gadamer pure in relazione alla configurazione dell'attività ovvero dell'opera ermeneutica come *processo*, verificando effettive (ovvero solo apparenti) divergenze sulla ricostruzione della relazione "interpretazione-applicazione".

¹⁵¹ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 160. La valutazione deve restare pur

sue diverse premesse non attiene alla sua formazione storica, ma costituisce il frutto, e il frutto sempre transitorio, dell'opera dell'interprete¹⁵²; e ciò che "si fa" e "accade" è il «continuo rinnovamento del sistema attraverso l'interpretazione, che permette di dare una risposta a ogni possibile quesito, attraverso un continuo e mai finito completamento, sì che ogni corpus iuris preconstituito ci appare come continuamente completato attraverso l'opera dell'interpretazione anziché come aprioristicamente completo»¹⁵³. Si coglie subito un'assonanza ermeneutica tra Ascarelli e Gadamer¹⁵⁴: là dove quest'ultimo¹⁵⁵, di là a poco, osserverà che il giudice adatta la legge tramandata dal passato alle esigenze del presente, avendo di mira uno «scopo pratico», senza che per questo, di per sé, possa essere «sospettato di arbitrarietà», dal momento che (*rectius*, purché) egli cerchi «di essere fedele all'intenzione giuridica della legge mediandola con il

sempre *normativa*.

¹⁵² T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., p. XIX.

¹⁵³ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. XX; di guisa che «proprio in sede di interpretazione viene meno la possibilità di identificare la norma del *corpus iuris* preconstituito con una premessa univoca ... suscettibile di dare, secondo sviluppi di logica formale, soluzione per i vari casi. L'interpretazione della norma presuppone la sua ricostruzione; la sua applicazione concreta importa simultaneamente, attraverso la sua interpretazione, pur sempre la posizione di un precedente, e attraverso il quotidiano processo di interpretazione e applicazione del diritto si svolge ... secondo un processo che non può seriamente contenersi negli schemi dell'«esattezza» di una interpretazione nei confronti dell'«errore» d'un'altra, sì che le tesi interpretative «oggi» accolte finirebbero per essere quelle «esatte» nei confronti di quelle «errate» di «ieri» [e v. l'esempio, calato su se stesso, formulato da T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazioni*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano 1955, p. 476 ss., con riguardo al mutare, nel tempo (dal 1931 al 1950), del suo orientamento sulla questione della limitazione alla circolazione delle azioni], ma che è processo storico di sviluppo nel quale, attraverso la necessaria elaborazione delle categorie del pensiero giuridico, quasi mai vettori normativi, si fanno valere orientamenti che sfuggono all'impero di qualunque legislatore e in forza dei quali le norme vengono interpretate, ricostruite in un ordinamento unitario ..., svolte e rinnovate, e cioè sostanzialmente poste nuove norme» (p. XXII s.); e pure p. XXXI s. («l'interpretazione giuridica non mira solamente a risalire, come qualunque interpretazione, dal segno alla cosa significata, all'atto attraverso la parola, ma mira a cogliere una portata eventualmente estranea all'atto nel momento nel quale è stato storicamente posto»); e p. XLIII s. («la norma ... sarà pur sempre quale è interpretata. Codici o precedenti giurisprudenziali, leggi o costituzioni saranno sempre tali quali sono interpretati ... e in questa interpretazione possono finire per prevalere anche orientamenti o concezioni opposte a quelle del legislatore, poiché l'ultima parola è sempre, per definizione, quella dell'interprete ... se la norma è quale interpretata e se dobbiamo escludere la riduzione dell'interpretazione ad uno sviluppo euclideo delle premesse dettate o individuate, la norma è sempre e necessariamente quale intesa»).

¹⁵⁴ La estrema pregnanza culturale di Ascarelli stimola «letture comparate» con altri pensatori di rilevanza mondiale (ho rammentato l'accostamento Ascarelli-Dworkin proposto da G. BLANDO, *op. cit.*, *passim*).

¹⁵⁵ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 309 ss.

presente»¹⁵⁶; nei menzionati studi Ascarelli rimedita e formula nuove riflessioni; (ii) sulla non possibilità (*rectius*, inutilità di cercare) di eliminare in questo processo le «valutazioni dell'interprete»¹⁵⁷, risultanti agire, analogamente ai

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 311 («er sucht dem 'Rechtsgedanken' des Gesetzes zu entsprechen, indem er es mit der gegenwart vermittelt»); ma già validi ancora gli acuti spunti di E. FORSTHOFF, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Niemeyer, Darmstadt 1940, pp. 18 ss., 21-30 (citato, peraltro, dallo stesso H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 309 s.).

¹⁵⁷ Come noto, indicazione costante nella produzione ascarelliana: v., tra altri, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 160 ss.; ID., *Studi di diritto comparato*, cit., spec. pp. XIX, XXI, XXIII s.; ID., *Étude*, cit. p. 330; v. altresì ID., *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 21 s., 32 e 34; ID., *Giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 142 e 148; ID., *Dispute*, cit., pp. 470 ss. 476 (sono, poi, le valutazioni diverse a condurre, tra l'altro, a diverse costruzioni della tipologia della realtà: v. anche ID., *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 143 s., nt. 7; ID., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in ID., *Problemi giuridici*, cit., pp. 187 ss., 192 s., 198, 210 ss.); ID., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, cit., p. 155 ss.; ID., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, in ID., *Problemi giuridici*, cit. p. 178 s.; ID., *Personalità giuridica e sua portata*, *ivi*, p. 314, nt. 75; e, più indietro nel tempo, ID., *La funzione del diritto speciale*, cit., p. 29 s. Sulla rilevanza ermeneutica (*id est*, rilevanza nella ricostruzione del lavoro significante svolto dall'ermeneuta per la "produzione" dell'esito di significazione del testo normativo) delle valutazioni dell'interprete, e comunque sull'attenzione privilegiata a esse nella ricostruzione proposta da Ascarelli del lavoro significante e dell'esito di significazione del testo normativo, v., tra altri, già all'epoca di Ascarelli, L. CAIANI, *op. cit.*, p. 156 ss.; e, poco prima, sempre ID., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 1954, p. 191 ss. (e su cui v. anche, espressamente, G. ZACCARIA, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, in *Persona y Derecho*, 2009, p. 103 ss.). Dissento dall'affermazione secondo la quale un "errore" di Ascarelli sarebbe stato quello di pensare che l'attribuzione di significato dipenda sempre da scelte di valutazione del singolo interprete (così M. MERONI, *op. cit.*, p. 271 s.), se così affermando si sia inteso sostenere che le scelte di valutazione da sole avrebbero determinato, per Ascarelli, l'esito di significazione del testo normativo. Credo che di errore non si possa parlare in quanto Ascarelli – come peraltro, ad esempio, Gadamer allorché discorre del condizionamento delle precomprensioni ovvero dei pregiudizi (oppure, sempre in via esemplificativa, C. PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, Paris 1976, p. 70, allorché osserva che molto spesso la comprensione e l'applicazione di un testo normativo non possono compiersi senza il ricorso a un apprezzamento, a un giudizio di rilevanza o valore) – non intende affatto stabilire una correlazione da sola *sufficiente* tra valutazione dell'interprete, lavoro significante ed esito di significazione del testo normativo. Ascarelli afferma altro: vale a dire, che tali valutazioni *concorrono* a produrre tale esito, il quale in questo senso «non può svolgersi indipendentemente» da esse. Direi che per Ascarelli – e adottato qui una terminologia gadameriana – rendersi conto di questa concorrenza è una «condizione della comprensione» di ciò che l'interprete ha creduto di comprendere per poi interpretare. D'altronde – espone sempre T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., p. XXIV – «ammettere la rilevanza delle valutazioni dell'interprete nell'elaborazione di queste categorie ... non significa negare, ma anzi accentuare, il rilievo del 'sistema' ai fini dello sviluppo interpretativo e cioè di uno sviluppo che, rispettando una esigenza di continuità che si traduce in certezza giuridica e rispetto della libertà individuale, tuttavia attende a quel contributo di completamento e alle quella permanente adeguazione..

questa permanente adeguazione ... rivendica la libertà dell'interprete, perché vuoi la mancanza della prima vuoi la negazione della seconda, metterebbe capo a un continuo appello al 'legislatore', allora confuso col giudice, attraverso continue pronunce legali». Se poi con quella affermazione Meroni avesse inteso che neppure questa concorrenza di significazione delle valutazioni dell'interprete sarebbe sempre accertabile, obietterei, con Ascarelli, che di errore si potrebbe parlare solo se si assumesse che, al contrario, l'interpretazione sia sempre e solo mera operazione logica e matematica (e sebbene «non è detto che quel che vale per la matematica valga anche per il diritto; ma non è neanche detto ... che non debba valere. Naturalmente, se questo vale ... ciò va dimostrato con argomenti a riferimento macrostrutturale, ossia con considerazioni interne al diritto o alla sua storia»: E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata 2004, p. 543). Il che però, ragionevolmente, al di là degli auspici personali, non può essere, se fondatamente si ricostruisce l'ermeneutica normativa come un processo che si svolge lungo rotte di significazione che non è (appunto) ragionevole credere possano non tenere conto di "ciò che pensa" l'interpretante al di là delle tecniche di significazione a sua disposizione, purché ciò non stravolga, nel medesimo interpretante, il progetto normativo di significato quale obiettivamente attuabile. In questo senso, tali valutazioni sono ineliminabili, sebbene occorra canalizzarne il contributo di significazione per renderlo compatibile con il vincolo della continuità. Ritenere o fingere che non esistano (sebbene spesso, anche se esistenti, esse non vengono dichiarate e argomentate) ovvero che l'esito di significazione prodotto possa e debba essere totalmente depurato da esse, magari confinandole a forza e artatamente nel solo *progetto preliminare* (ancora Gadamer) di attuazione del progetto ermeneutico, o che ancora questa esistenza sia evento più o meno occasionale ma non ripetuto: tutto ciò vuol dire precludere alla disposizione la sua plausibile potenzialità ermeneutica, nonché precludersi, in sede di esame dell'esito di significazione di un testo normativo, di avere presenti tutte le "condizioni di comprensione" orientanti l'autore di tale esito e di valutare se sia stato normativamente coerente e compatibile impiegarle e siano stati coerenti e compatibili i modi di impiegarle. E sulla presenza, larvata o meno, della precomprensione nell'intelaiatura argomentativa e/o interpretativa v. anche, oltre in particolare l'ermeneutica giuridica tedesca (tra cui i "classici" J. ESSER, *op. ult. cit.*, pp. 132 ss. e 150 ss.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann, Köln 1968, p. 188 ss.; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Dunker & Humboldt, Berlin 1966, p. 47 ss.; J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, C.H. Beck, München 1972, p. 87 ss.; e ora la diffusa analisi M. PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, Mohr, Tübingen 2017, *passim*, con ampie citazioni); nella nostra migliore teoria dell'ermeneutica normativa, G. ZACCARIA, *Precomprensione e controlli di razionalità*, cit.; ID., *Precomprensione, principi e diritti*, cit.; nonché ID., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma, Bari 2012, *passim*; ID., *Ermeneutica e comprensione narrativa*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1988, p. 189 ss.; in altra letteratura, B.M. VRANKEN, *Exploring the Jurist's Frame of Mind. Constraints and Preconceptions in Civil Law Argumentation*, Kluwer Law International, Deventer 2007. E sulla constatazione per la quale costituisce un dato da «ritenersi acquisito nella cultura giuridica contemporanea (anche se non... di consenso unanime) ... il fatto che la risoluzione dei dubbi interpretativi passi, alla fine del ragionamento, da giudizi di valore, espressi o (più spesso) inespressi o anche inconsapevoli», v. pure, nella giu-scommerciatistica, M. LIBERTINI, *Ancora a proposito*, cit., p. 13. Ritenere che solo a volte o mai

pregiudizi¹⁵⁸, alle precomprensioni gadameriane¹⁵⁹, ai «criteri di valutazione» di J. Esser, alle premesse dell'interpretazione (i quali, tutti assieme, confluiscono appunto nelle valutazioni dell'interprete, non esaurendole), come «condizioni della comprensione» (*Bedingungen des Verstehens*)¹⁶⁰, collocate «al di fuori degli elementi interpretativi formalizzati» («außerhalb der formalisierten

o che non debba mai essere che le valutazioni dell'interprete incidano, concorrendo assieme «ad altro», al lavoro significante e all'esito di significazione promanato dall'interpretazione vuole dire, a ben ragionare, cedere alla «insidia della 'retorica'» e indebolire la «esigenza di 'rigore' nell'interpretazione»: poiché «è appunto una esigenza di 'rigore' nell'interpretazione ai fini di evitare l'insidia della 'retorica' [e sulla «retorica del giurista» v. sempre T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 147; ID., *Tipologia della realtà*, cit., p. 191], quella che deve indurci a distinguere tra quanto attiene, nell'argomentazione giuridica, alle deduzioni dalle premesse poste e quanto attiene alla posizione delle premesse»: T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 166. Vuol dire ignorare che non è infrequente che, quando gli strumenti della nostra interpretazione legale si esauriscono (o quando noi assumiamo che si siano esauriti), prendiamo la nostra decisione (*id est*, produciamo il nostro esito di significazione) attingendo ad altre risorse: così, assai di recente, W. BAUDE, S.E. SACHS, *op. cit.*, p. 1111. E neppure mi parrebbe condivisibile affermare che *oggi* son meno veri i rilievi di Ascarelli sul concorso nevralgico delle valutazioni dell'interprete sulla determinazione dell'esito di significazione normativo finale di testi normativi attualmente in vigore e attualmente da interpretare e applicare: e su questa «attualità» v. anche un inciso di M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione*, cit., p. 240, e, più ampiamente, ID., *I moti del diritto*, cit., p. 121 ss. E aggiungo, infine, di nuovo con Gadamer: «i pregiudizi e le tendenze che occupano la coscienza dell'interprete non rappresentano qualcosa del quale egli possa liberamente disporre. Egli non è in grado, di per sé, di separare preliminarmente i pregiudizi fecondi, i quali rendono possibile la comprensione, da quelli che, al contrario, la intralciano e la conducono al fraintendimento» (H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 279); v. anche ntt. successive.

¹⁵⁸ Il pregiudizio non significa affatto «giudizio falso», ma può essere valutato positivamente ovvero negativamente (cosiddetti pregiudizi veri e pregiudizi falsi): H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, pp. 255 e 282; e v. D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Ars Interpretandi*, 2006, I, p. 1 ss.; ma, soprattutto, la (già citata) corposa indagine di M. PAYANDEH, spec. pp. 11 ss., 23 ss., 57 ss., 124 ss., 188 ss., 204 ss., 250 ss., 287 ss., 329 ss., 449 ss.; nonché, nella prospettiva del diritto dell'Unione europea, sulla *Bindungswirkung von Präjudizien in den Mitgliedstaaten*, v. S.M.E. MARTENS, *op. cit.*, p. 181 ss.; v. anche citazioni contenute nella precedente nt.; cui *adde* A. ADATTO SANDEL, *The Place of Prejudice*, Harvard University Press, Harvard 2014, spec. pp. 157 ss. e 185 ss.

¹⁵⁹ *Rectius*, gadameriane come sviluppate muovendo dalla «scoperta» di Heidegger: «Heideggers Aufdeckung der Vorstruktur des Verstehens» (H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 250 ss.). Belle pagine, capaci – seppur nella obbligata sintesi – di ripercorrere con acume critico e piena attendibilità ricostruttiva, l'ermeneutica heideggeriana, si leggono, nella nostra esperienza giuridica, in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Cedam, Padova 2012, p. 185 ss.; cfr. anche (tra i suoi contributi) G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica in Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, I, p. 103 ss., spec. p. 105 ss.

¹⁶⁰ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 261 ss.

Interpretationselemente»¹⁶¹. Valutazioni spesso non esplicitate e non argomentate¹⁶², ma «costanti in ogni argomentazione giuridica»¹⁶³. E in fondo, poi, sono anche le valutazioni dell'interprete ad alimentare i «punti di vista interpretativi»¹⁶⁴ adottati per la soluzione dei problemi che le singole interpretazioni hanno l'obiettivo di risolvere¹⁶⁵. In Ascarelli, come in Gadamer,

¹⁶¹ J. ESSER, *op. ult. cit.*, p. 124; v. pure (in una prospettiva di apprezzabile riflessione ermeneutica) T. KUNTZ, *Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive*, in *AcP*, 2015, p. 389 ss.; S. JORGENSEN, *Hermeneutik und Auslegung*, in *Rechtstheorie*, 1978, p. 63 ss.; T. GIZERT-STUDNICKI, *Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen*, *ivi*, 1987, p. 344 ss.; K.-H. LADEUR, I. AUSBERG, *Auslegungsparadoxien. Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation*, *ivi*, 2005, p. 143 ss.; S.A.E. MARTENS, *Rechtliche und außenrechtliche Argumente*, *ivi*, p. 42, 2011, p. 145 ss.; N. HOERSTER, *Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung*, *ivi*, 2010, p. 35 ss. Stimolanti riflessioni sui fattori endogeni ed esogeni di condizionamento dell'interpretazione giudiziale in B. LOMFELD, *Grammatik der Rechtsfertigung. Eine kritische Rekonstruktion der Rechts(fort)bildung*, in *Kritische Justiz*, 2019, spec. p. 518 ss.; e, ancora una volta, gli Autori citati *supra*, alle precedenti ntt.

¹⁶² «(L)'argomentazione abituale – ... perciò pseudo-logica – nasconde, pur facendovi capo, valutazioni non certo dimostrabili con logica ineluttabilità, ma non perciò non argomentabili o riconducibili ... a generiche invocazioni a equità o buona fede o esigenze sociali o realtà dei fatti o ad una non più argomentabile contrapposizione di concezioni»: T. ASCARELLI, Prefazione a *Problemi giuridici*, cit., VIII.

¹⁶³ Per la finale attestazione di questa costante ascarelliana, cfr. T. ASCARELLI, *op. loc. ultt. citt.* Anche in J. ESSER, *op. ult. cit.*, p. 124, il quale – lo si è più volte evocato – registra la necessità di «criteri di valutazione» al di fuori degli elementi interpretativi formalizzati («unmöglichkeit einer sogenannten Hierarchie von Interpretationsmitteln und die Notwendigkeit von Bewertungskriterien außerhalb der formalisierten Interpretationselemente»), si coglie la connessa esigenza di identificare e definire tali criteri (in contrasto con la pratica giurisprudenziale di occultamento e camuffamento denunciata dall'Autore); tali «criteri di valutazione» sono particolarmente massicci «in tutti i campi del diritto [quale, tra gli altri, il diritto delle società, indica Esser], nei quali la soluzione del conflitto non sarebbe comprensibile senza la conoscenza o la supposizione di un programma orientato al fine [*Zweckprogramm*]: J. ESSER, *op. ult. cit.*, p. 157. Le valutazioni dell'interprete, quale componente antesignana dell'interpretazione, al pari ogni altra «condizione della comprensione collocata all'esterno degli elementi interpretativi formalizzati», possono anche funzionare, per il singolo ermeneuta, allo stesso modo delle cosiddette premesse decisionali intese quali «presupposti che nel loro utilizzo non vengono più testati» (questa la nota definizione di *Entscheidungsprämissen* di N. LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, III ed., Westdeutscher, Opladen, Wiesbaden 2011, p. 222, argomentata da H.A. SIMON, *Models of Man – Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, Willey & Sons, New York 1957).

¹⁶⁴ Cfr. V. CARIELLO, *op. ult. cit.* E sui «punti di vista interpretativi» v. anche, assai di recente, N. SCAVUZZO, *Interpreting the Legal Discourse: Points of View, Functions of Language and Legal Sentences*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2018, p. 469 ss.

¹⁶⁵ Pure in questo caso, è un dato di fatto che (soprattutto la giurisprudenza) sempre ricerca «nuovi punti di vista» per la soluzione dei problemi discussi: T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 101.

ma pure in J. Esser¹⁶⁶, ciò che occorre evitare è che l'interprete tramuti, soprattutto occultandole e/o mascherandole, le proprie valutazioni o le proprie precomprensioni, in elemento o fattore di in-comprensione ermeneutica¹⁶⁷. L'intera teoria dell'ermeneutica normativa di Ascarelli, come l'integrale sua teoria della comparazione, è «intesa a sottrarre l'interprete a quell'evasione, che consiste nell'imputare alla norma la valutazione di cui egli stesso è la fonte»¹⁶⁸. E credo pure che, correlativamente, in Ascarelli, come in Gadamer e poi in Esser, sia ben presente la necessità di evitare che valutazioni e precomprensioni si tramutino in veicoli di immissione di «nuovi criteri di giudizio» svincolati dalla coerenza e dalla compatibilità con le regole, i valori e i principi di ogni sistema giuridico di riferimento¹⁶⁹. E, ancora, credo che in Ascarelli, le valutazioni

¹⁶⁶ Ma ancora prima, potrei rinviare alle cosiddette idee giuridiche latenti (a partire dai giuristi romani) di R. Jhering; e al perspicuo passaggio di E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1928, p. 135 s., testo e nt. 1 («nella ricerca delle singole soluzioni essi [i giuristi romani] non sogliono fare applicazione consapevole di principi. Bene spesso la soluzione vien trovata d'intuito e, in apparenza, balza fuori quasi per caso. C'è bensì, alla sua base, un principio ispiratore che la illumina: ma questo – lungi dal venire enunciato – resta nell'ombra, come latente nella subcoscienza del giurista»).

¹⁶⁷ E, inoltre – lo rileva G. ZACCARIA, *Creatività dell'interpretazione e principi generali dell'ermeneutica giuridica in Emilio Betti*, in V. FROSINI, F. RICCOBONO (a cura di), *Lermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano 1994, p. 195 s. – la circostanza che i “canoni metodologici” lascino spazio alle valutazioni dell'interprete non significa affatto che esse siano inutilizzabili e/o che non siano idonee a garantire alcuna razionalità. L'insegnamento relativo alla loro “depurazione” in funzione di impiego ermeneutico, sempre risalente a Heidegger (e v. pure J. DERRIDA, *op. cit.*, p. 69 s.), transita poi nell'indicazione la quale esige che ogni interpretazione corretta si difenda dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da “inconsapevoli abitudini mentali” («unmerkliche Denkgewohnheiten»: H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 251). E in Gadamer è imperante l'interrogativo «wie man aus dem Bankreis seiner Vormeinungen überhaupt herausfinden soll»: ID., *op. ult. cit.*, p. 252. E connessa è l'esigenza (J. HABERMAS, *Fakzität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt M. 1992, p. 275) che l'interprete s'impegni nel neutralizzare il sospetto d'ideologia (a sua volta, non ermeneuticamente sorvegliata) gravante sulle precomprensioni di fondo. In questo senso, in sostanza, pure uno “scettico” sulla pre-comprensione quale F. D'ALESSANDRO, *Il metodo*, cit., p. 73 («i fenomeni del genere pre-comprensione mi sono ... ignoti ... Ciò che invece ha rilevanza è che alla pre-comprensione, anche quando c'è, non va comunque attribuito credito incondizionato, ma solo dopo averla sottoposta ad attenta verifica» [il che equivale, se non m'inganno, a impiegarla ermeneuticamente solo dopo averla depurata]).

¹⁶⁸ G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 503.

¹⁶⁹ Come si sa, per una parte della dottrina anche moderna [in quella di lingua tedesca, emblematica la categorica e durissima posizione di B. RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat: Verfassung und Methoden. Ein Essay*, II ed., Mohr, Tübingen 2014, *passim*; e già prima ID., *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *JZ*, 2006, p. 53 ss.; ID., *Gelegener Richterstaat und vernebelte Richtermacht*, in *NJW*, 2005, p. 2759

dell'interprete inneschino, per dirla con P. Ricoeur, una «ermeneutica del sospetto»¹⁷⁰; nei quattro studi in esame, ancora, Ascarelli rinnova e innova a sua riflessione; (iii) sulla «continuità con la norma interpretata» come «limite dell'interpretazione», quest'ultima essendo «strumento per l'evoluzione del sistema» ma pur sempre «secondo un criterio di continuità»¹⁷¹, il che «non significa [di nuovo] eliminazione di quelle valutazioni dell'interprete»¹⁷², di cui è indispensabile tenere conto al fine di provare a comprendere anche come esse abbiano inciso sulla scelta tra i plurimi significati plausibili – potrei qualificarli come la pluralità di significati tutti «logicamente consistenti»¹⁷³ – di un testo normativo e di tentare di rendere esplicita tale scelta e le complessive ragioni della sua preferenza rispetto ad altre scelte plausibili di significazione¹⁷⁴; come pure la continuità non assume l'esclusione, bensì il

ss.; ID., *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, Institut für Rechtspolitik an der Universität, Trier 2003; in pacata e costruttiva polemica con B. RÜTHERS sono le posizioni, tra altri, di W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in A. KAUFMANN, W. HASSEMER, U. NEUMANN (a cura di), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, VII ed., C.F. Müller, Heidelberg 2004, p. 251 ss.), ciò cui ci si deve opporre è il passaggio, da parte dei giudici, dall'attività di «interpretazione» (*Auslegung*) a quella di «immissione» (*Einlegung*) appunto di «nuovi criteri di giudizio operanti in maniere simil-legale» (incidentalmente: la differenza tra *Auslegen* e *Einlegen* è presente già, ma in un senso nel del tutto coincidente, in F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Gli aforismi sull'ermeneutica del 1805*, in ID., *Ermeneutica*, cit., p. 66 s.).

¹⁷⁰ J. RICOEUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Seuil, Paris 1965, p. 40 ss. («interpretation comme exercice du soupçon»); e v., sulla «hermeneutic of suspicion» come «a tendency of participants in legal discourse..., who write as “jurists”, meaning that they say what they believe the law requires», D. KENNEDY, *A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, in J. DESAUTELSTEIN, C. TOMLINS (a cura di), *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 365 ss.; nonché, in precedenza, ID., *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, in 25 *L. & Crit.*, 2014, p. 91 ss. [ma v. già ID., *A critique of adjudication*, Harvard University Press, Cambridge-Mass. 1997].

¹⁷¹ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., pp. XXIII, XXIX, XLI; ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 161 (anche questa costante della teoria ermeneutica ascarelliana).

¹⁷² ID., *op. ult. cit.*, p. 164.

¹⁷³ Mediando e adattando la terminologia da ID., *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 60 («la soluzione interpretativa è, raramente, mero risultato univoco di una applicazione logica di principi precostituiti. Il sistema precostituito offre spesso di fronte al nuovo caso una pluralità di possibili soluzioni tutte logicamente consistenti»).

¹⁷⁴ V. soprattutto ID., *Giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 141 [in particolare: «non esistono ... testi rigorosamente univoci; esistono solo testi che hanno ricevuto un'applicazione concreta (come tale necessariamente univoca) ed eventualmente testi le cui plurime applicazioni vengono considerate ... coerenti ovvero testi che non hanno ricevuto applicazioni o le cui applicazioni vengono considerate incoerenti ... anche la più pedestre delle interpretazioni letterali deve superare le inevitabili equivocità del testo»]; questo superamento

contrario, dell'adeguamento interpretativo e non impone, bensì il contrario, la fissità delle interpretazioni¹⁷⁵. In tal senso, qui come altrove, si coglie, all'unisono con quanto poco sopra rilevato, e di là della (più immediatamente percepibile) sintonia con coevi orientamenti della dottrina giuridica nazionale e straniera, un ulteriore "allineamento" ermeneutico tra Ascarelli e Gadamer: giacché pure per quest'ultimo, in adesione peraltro a E. Forsthoff¹⁷⁶, il giurista è tenuto a riconoscere i mutamenti di rapporti intervenuti in seguito alla emanazione della legge, a definire in termini nuovi la «normative Funktion des Gesetzes», a procedere a un «perfezionamento creativo della legge», alla sua *Konkretisierung*¹⁷⁷. Ma si apprezza altresì, radicando l'osservazione sul terreno

presuppone ma non si esaurisce nella «indagine storiografica del testo ... importa sempre il ricorso a 'scelte' che a loro volta, in via definitiva, riposano su 'valutazioni' dell'interprete] e 147 s. (inevitabilità, in qualunque interpretazione, di una *scelta*, la quale non può prescindere, ancora una volta, da una valutazione dell'interprete); ID., *In tema di interpretazione*, cit., pp. 154 e 160. E sulla insita pluralità di significazioni plausibili tra le quali scegliere, v., nella teoria generale dell'ermeneutica, le assonanze di Ascarelli con P. RICOEUR, *Dal testo*, cit., p. 195: «se è vero che c'è sempre più di una maniera per costruire un testo, non è vero che tutte le interpretazioni sono equivalenti e dipendono da ciò che in inglese si chiama *rules of thumb*. Il testo è un campo limitato di costruzioni possibili ... È sempre possibile dichiararsi pro o contro un'interpretazione, confrontare delle interpretazioni, fungere da arbitro tra loro, mirare a un accordo, anche se questo accordo rimane irraggiungibile» (mi preme notare che per Ricoeur appartengono a identica "rubrica" gli argomenti genetici – ad esempio, la cosiddetta intenzione del legislatore –, gli argomenti storici e quelli comparativi: ID., *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 2007, p. 27). Come noto, l'interpretazione quale attività che si risolve nella scelta di «una particolare possibilità» non determinerebbe, secondo A. Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley 1959, «un passo in avanti nell'interpretazione», giacché l'interprete assumerebbe «una decisione che non è motivata se non dal desiderio di affermare il significato di un enunciato». Ma anche se così s'intendesse – vale a dire, anche se si concordasse nel sostenere che la scelta tra possibili interpretazioni non sarebbe di per sé interpretazione, in ogni caso essa «rientra come elemento necessario nel procedimento interpretativo, in quanto lo conchiude» (F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 158).

¹⁷⁵ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., spec. p. XIX s.; v. pure, tra altri, ID., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato*, cit., pp. 189 e 193 («l'interpretazione deve da un lato essere 'giusta' ed 'equa', e dall'altro, armonizzarsi alle soluzioni anteriori; il diritto deve essere stabile, pur non potendo essere immobile; deve adattarsi continuamente pur rimanendo certo»; «qualunque sistema giuridico richiede sempre un certo grado di elasticità e un certo grado di rigidità; la sua efficienza dipende da un saggio contemperamento di queste due esigenze ... La tecnica dell'interpretazione rappresenta a sua volta un contemperamento di queste esigenze»).

¹⁷⁶ L'ho già rammentato.

¹⁷⁷ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, pp. 310 e 312 (e pure p. 323: il giurista si sente legittimato, nella sua funzione di giudice, a operare un completamento del senso originario di un testo di legge).

della riflessione squisitamente giuridica, una sintonia ermeneutica (certo, per nulla totale) anche tra Ascarelli e Betti: là dove quest'ultimo osserva che il precetto testuale della legge, esteriormente intatto, «può trovarsi interiormente scalzato per il fatto che la valutazione originaria determinante la norma è stata ricacciata indietro e sopravanzata da una nuova valutazione degli interessi in conflitto, affermatasi in altre norme sopravvenute ... La valutazione latente che è oggetto della ricognizione interpretativa, si modifica gradatamente, via via che la norma assicura, accanto alla soluzione del suo primitivo problema pratico, e quindi in luogo del suo primitivo 'scopo', il raggiungimento di un altro esito ulteriore»¹⁷⁸; (iv) e, in aggiunta, nei quattro studi in parola Ascarelli persiste sulla «tecnica dell'interpretazione» come «mai pienamente definibile nelle norme a volte all'uopo poste nelle preleggi», sicché è superfluo e inutilmente dispendioso, da una parte, ragionare della «opportunità di seguire questo o quel criterio», rilevando piuttosto «il problema della natura dell'interpretazione qualunque sia il 'metodo' che si pretende di seguire»¹⁷⁹; dall'altra, rivendicare «un 'nuovo o diverso' criterio interpretativo contro quelli noti o usati, ché [lo] scopo è ... invece quello di render[si] conto della portata dei vari criteri»¹⁸⁰, giacché più rilevante è ricostruire «come qualunque interprete (e non solo il giudice) proceda nella sua interpretazione»¹⁸¹ e «la diversità di valutazioni presente nelle varie interpretazioni giuridiche»¹⁸². In

¹⁷⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II ed. corretta e ampliata da G. Crifò, Giuffrè, Milano 1990, p. 824 s. E, se si volesse continuare nelle affinità, evidenti quelle che risaltano dalla lettura di T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale*, cit., e di E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 845: «anche l'impalcatura dogmatica, di cui ogni legislazione positiva ha bisogno per sostenere le proprie enunciazioni, riesce a captare certe esigenze politico-legislative, e ad esprimerle in modo definitivo, soltanto in soluzioni particolari di problemi pratici che si sono affacciati, ma non già ad assorbirle e a svilupparle compiutamente nella loro virtualità rispetto a problemi affini o contigui, che la vita sociale, nel suo incessante rinnovarsi, propone».

¹⁷⁹ T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione*, pp. 163 e 167; e, a mo' di sintesi conclusiva, ID., *Introduzione a ID., Problemi giuridici*, cit., p. VI; v., altresì, ID., *In tema di interpretazione*, cit., p. 157 («vana fatica quella di volere stabilire canoni universali dell'interpretazione, fissazione che ... tradirebbe la natura dell'interpretazione stessa, mentre ... è proprio la differenza di questi canoni nei vari Paesi o ambienti che ci indica ... una differenza di struttura costituzionale»).

¹⁸⁰ T. ASCARELLI, *Introduzione a ID., Problemi giuridici*, cit., p. IX; e, peraltro, «il diverso rilievo concesso ora a considerazioni strutturali ora a considerazioni funzionali, ora alla lettera della norma, ora al suo scopo, si riconnettono ... ai criteri assunti come distintivi» della «continuità» (ID., *Studi di diritto comparato*, cit., XXIX, nt. 20).

¹⁸¹ ID., *Introduzione a ID., Problemi giuridici*, cit., X.

¹⁸² *Ivi*, XI. E tali convinzioni ascarelliane del non esaurimento delle tecniche di significazione normativa nelle regole della legge interpretativa e della correlata esigenza complessiva di perlustrare accortamente la «portata dei differenti criteri» sono di frequente sottovalutate; v.

ciò si appalesa insita la necessità di ripensare, costantemente, il “ragionamento interpretativo” nelle sue strutture e nelle sue tecniche, e nelle loro evoluzioni e integrazioni (per endemica lacuna delle tecniche di significazione coinvolte nel lavoro significante del testo normativo)¹⁸³.

Il terreno ermeneutico diviene quanto mai compatto, per Ascarelli, al fine di sostenere che (o diviene compatto proprio perché egli arriva a sostenere che)¹⁸⁴: (i) «il diritto comparato ... ci mostra ... la diversità di tecniche interpretative»¹⁸⁵ e permette di rendersi conto «del perché di determinati

altresì Id., *Studi di diritto comparato*, cit., XIII, nt. 7 (il carattere didattico e dogmatico del codice «pone a sua volta un problema che, almeno nella misura nella quale si presenta di fronte al codice attuale, non si poneva di fronte al codice abrogato: quello cioè di distinguere le norme vincolanti per l'interprete e le costruzioni dogmatiche del legislatore. Questo infatti non può dettare i concetti cui far capo nella ricostruzione delle norme non potendo, per definizione, nel porre la norma, simultaneamente interpretarla») [e v. G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano 1941, p. 30; ID., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.; ma v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano 1949, p. 137 ss.]; pp. XXXIII («i criteri che presiedono all'interpretazione non costituiscono ... puri criteri logici; attengono – e lo notava in sostanza Vittorio Scialoja e lo ha ripetuto, in altri termini, Francesco Carnelutti – alla struttura costituzionale dell'ordinamento, perché attengono allo stesso sviluppo del diritto in via interpretativa. La tecnica dell'interpretazione è appunto il risultato di una concezione costituzionale, dalla quale poi dipende l'ammissibilità o l'inammissibilità, nelle varie ipotesi, del ricorso ai vari criteri, anche quando, come spesso avviene, il sistema è muto al riguardo, e la loro portata quando disciplinati, riuscendone così determinato il grado di elasticità del sistema»); XXXIV, nt. 23 (in un sistema liberale, sarà frequente il richiamo a una maggiore elasticità nell'interpretazione delle norme di cosiddetto interventivismo economico).

¹⁸³ Alcune interessanti prospettive di riflessioni ora in D. SIMON, *Repenser le raisonnement interprétatif: autonomie ou circulation des principes, des méthodes et de techniques, dans les rapports de systèmes*, in B. BONNET (a cura di), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris 2016, p. 605 s.

¹⁸⁴ A prescindere dalla condivisione o meno di tutti gli assunti ascarelliani, per praticare avveduta comparazione, non si può evitare di misurarsi con essi e, in ogni caso, quindi, ci si deve incamminare verso la comparazione anche muovendo da essi (dopo esservi accortamente ritornati), per proseguirne coerentemente tutte le direzioni ovvero per parzialmente correggerle o ri-orientarle.

¹⁸⁵ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. XII; ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 162; ID., *Étude*, cit., p. 320. Ed è accertabile che la dottrina, nelle differenti esperienze, possa ondeggiare nel suo modo di qualificare certe tecniche di ragionamento (cfr. C. PERELMAN, *op. cit.*, p. 88, in particolare sull'analogia e sul ricorso alla *ratio*); cfr. anche W. BAUDE, S.E. SACHS, *op. cit.*, p. 1121 (utile riconoscere che differenti “canoni” sono il prodotto di differenti pratiche in differenti comunità). Più generalmente (e, di nuovo, con “valenze” care alla sua teoria ermeneutica) T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale*, cit., p. 29 s. che «l'opera e la metodologia dell'interprete risentono ... del compito che l'interprete è chiamato a svolgere in un singolo momento

indirizzi interpretativi, di determinati orientamenti della giurisprudenza o della prassi, del ricorso ad una piuttosto che ad altra costruzione dogmatica»¹⁸⁶; del che l'interprete non si deve mai dimenticare, quando si propone di e si predispone a interpretare comparando (vale a dire, a comparare con altri diritti per interpretare il proprio)¹⁸⁷ per la qual cosa deve sempre comparare interpretando (in altri termini, interpretare correttamente i diritti da comparare e comparati con il proprio)¹⁸⁸. Sicché l'interprete, al fine di evitare la doppia manipolazione ermeneutica consistente o nell'interpretare il diritto altrui con le proprie tecniche di significazione¹⁸⁹ o comunque nell'uniformare tecniche nominalmente identiche ma differentemente funzionanti e applicate, deve acquisire conoscenza e comprensione delle specifiche regole delle leggi interpretative e degli specifici modi interpretativi dei singoli sistemi giuridici nazionali indagati in comparazione¹⁹⁰; (ii) prima di impiegare la comparazione in funzione di ermeneutica normativa del proprio diritto,

storico in relazione all'evoluzione del sistema giuridico. Le dispute che spesso si accendono tra seguaci di metodi interpretativi diversi trovano qualche volta una spiegazione storica nei diversi compiti proposti agli interpreti, nelle loro diverse concezioni generali. Poiché ... l'opera dell'interprete in sede di applicazione analogica, l'opera dell'interprete anche nella più letterale delle interpretazioni, non può prescindere da continue valutazioni onde fissare la regola e l'eccezione, determinare nell'unità del sistema la portata di un principio giuridico, valutazioni che hanno luogo in base a tutti i dati logici, storici, politici risultanti del sistema, in base alla generale concezione dell'interprete, del sistema giuridico e del fenomeno sociale, del suo sviluppo storico, del senso della sua evoluzione».

¹⁸⁶ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., p. XII.

¹⁸⁷ Ascarelli, probabilmente, parlerebbe in questo caso di "diritto comparato nell'interpretazione": ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 172.

¹⁸⁸ La circolarità e specularità tra "studio del diritto straniero" e "studio del diritto nazionale" si coglie, sotto un profilo complementare, anche in ID., *Étude*, cit., p. 326; v. altresì p. 329 («La comparaison ... se trouve avec celui-ci [il diritto straniero] dans une relation que je dirais circulaire; c'est l'expérience du droit national qui pousse à interroger le droit étranger et à choisir les problèmes et c'est l'expérience acquise dans le droit étranger qui éclaire l'expérience nationale»).

¹⁸⁹ Lo ribadirà ID., *Interpretazione della legge abrogata e carattere innovativo della legge nuova*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 333, nt. 8 («il comparatista ... deve ... assumere le norme straniere nella portata loro effettivamente attribuita nel loro ambiente di applicazione»). E ciò è spesso dimenticato/ignorato – si tratta di una delle alterazioni più di frequente riscontrata nella funzionalizzazione ermeneutica della comparazione – da chi pensa si avvalersi della comparazione ai fini dell'interpretazione del proprio diritto.

¹⁹⁰ In concreto, l'impiego ermeneutico della comparazione di/tra diritti nazionali può risolversi, ed essenzialmente si risolve in un impiego dell'interpretazione *nella* comparazione, nella duplice veste (i) dell'utilizzo di tecniche di significazione dei testi normativi altrove praticate; (ii) dell'utilizzo di esiti di significazione altrove prodotti tramite tali tecniche e, più complessivamente, tramite il lavoro significativo.

occorre porsi e rispondere alla domanda (che per me, in Ascarelli, è, di nuovo gadamerianamente, «domanda ermeneutica»¹⁹¹) se e quale “valore” possa e debba avere la comparazione di/tra diritti nell’interpretazione di uno di essi, il che mi sembra presupponga o meglio coincida con la domanda quale possa e debba essere il valore ermeneutico della comparazione per l’interpretazione normativa. Per Ascarelli, innanzitutto, questo valore della comparazione nella e per l’interpretazione sussiste e promana dalla comparazione quale «esperienza, ... esperienza giuridica»¹⁹² in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati», permettendo così essa (la comparazione) «a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie»¹⁹³. E tale valore è altresì insito nella constatazione che, allorché sorga un dubbio di scelta tra «varie costruzioni dogmatiche», preferibile è «la costruzione capace di comprendere, insieme alla fenomenologica del sistema considerato, anche quella di altri»¹⁹⁴; (iii) con progressione di specificazione: (iii.a) «l’esperienza comparatistica ... permette all’interprete di cogliere una serie di premesse dei propri concetti e delle proprie categorie ... delle quali altrimenti è incosciente ... Ogni diritto poggia su una serie di premesse ... implicite, generalmente non dichiarate; ogni interprete fa capo a una serie di premesse implicite (nei riguardi della ricostruzione tipologica della realtà alla quale si attiene; dei principi generali con i quali ordinare le norme e procedere alla loro applicazione) generalmente

¹⁹¹ V. pure oltre. La domanda ermeneutica gadameriana – e, prima ancora, socratico-platonica – rimanda alla «comprensione del testo come comprensione della domanda» posta dal testo, in considerazione del «primato ermeneutico della domanda (*der hermeneutische Vorrang der Frage*)»: H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 344 ss.; v. anche, tra altri, pure con altri punti di partenza e scenari di approdo, A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, Springer, Dordrecht 1987, pp. 43 ss. e 187 ss. (il procedimento giustificativo è sostanzialmente un dialogo, serie di domande e risposte).

¹⁹² Epperò anche, alla fine, come accennato più sopra, «esperienza storica» (T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 172 s.); sicché – per Ascarelli – lo studio della comparazione è «studio storico» in guisa di «allargamento della nostra esperienza, appunto come avviene negli studi storici e il metodo al riguardo non può essere che quello dello storico, mirando perciò a renderci conto dell’effettiva portata delle norme nell’ambito del sistema in funzione della concorrenza di altre norme analoghe o diverse, dei diversi ed eventualmente contrastanti orientamenti di ogni sistema; del perché delle varie soluzioni e della fungibilità, nella diversità dei sistemi e degli ambienti, di soluzioni diverse ... o viceversa; di premesse che, seppure spesso non argomentate, tuttavia concorrono nel determinare la portata degli istituti e gli sviluppi interpretativi» (*ivi*, p. 175 s.). Tra altri, nella moderna comparatistica del diritto societario, A. CAHN, D.C. DONALD, *op. cit.*, p. 7 s.

¹⁹³ T. ASCARELLI, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁹⁴ ID., *Studi di diritto comparato*, cit., p. XII, ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 11 s.

non dichiarate e, a volte, incoscienti»¹⁹⁵; di talché, più completamente, è da precisare che le premesse implicite reagiscono anche sull'uso ermeneutico della comparazione, direi secondo un doppio e contrario flusso: sul e dal diritto nazionale interno da interpretare in vista della sua applicazione; sul e dal diritto nazionale esterno da interpretare in vista della sua funzionalizzazione al diritto nazionale da interpretare e applicare; *(iii.b)* «l'osservazione comparativistica permette spesso di cogliere la fungibilità funzionale di istituti strutturalmente diversi (o viceversa) in relazione alla diversità degli ambienti, né occorre perciò aggiungere che uno studio comparativistico limitato alla struttura dei vari istituti può essere fonte di equivoci»¹⁹⁶; di guisa che struttura degli istituti e tipologia delle (specifiche) realtà devono essere combinate nella complessiva entità comparatistica (se si preferisce, nel complessivo "dato" comparatistico) da osservare, l'una senza l'altra viziando la completezza del lavoro significativo e dell'esito di significazione ambito dall'interpretante e interrompendo il processo ermeneutico intrapreso; di talché la falsificazione ermeneutica del testo normativo da interpretare (anche) "mediante comparazione" può scaturire dalla falsificazione della funzione e/o della struttura dell'"istituto" incorporato nel medesimo; *(iii.c)* «lo studio comparativistico permette ... di allargare l'esperienza di ciascuno non solo nei riguardi di condizioni che, rispetto a un criterio scelto come metro, possono dirsi più arretrate, ma anche rispetto a condizioni che, in funzione dello stesso metro, possono dirsi più progredite; permette non solo un allargamento dell'esperienza giuridica, ma un allargamento di detta esperienza nei confronti di condizioni che, in sviluppo in un determinato Paese, sono già ampiamente sviluppate in altri»¹⁹⁷: sicché nella e per la comparazione di/tra diritti nazionali, la comparazione delle/tra le condizioni non è proficuo che sia preventivamente selettiva; *(iii.d)* il medesimo studio «arricchirà ... l'esperienza dell'interprete che ..., nella soluzione del caso ed argomentando dalle norme che assume come vigenti, farà capo ad un modo più ricco ed accorto, ad una più piena esperienza della realtà sociale e così ad una più ricca possibilità di ricostruzioni tipologiche di questa»¹⁹⁸; sì che la

¹⁹⁵ ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 173; ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., pp. 10 e 29 ss.

¹⁹⁶ T. ASCARELLI, *op. loc. ultt. citt.*; coincidenza sostanziale con E. BETTI, *Diritto romano*, cit., p. 31 («nello studio storico e in quello comparativo ... l'uso di comuni denominatori costituenti come una specie di alfabeto giuridico è di una opportunità così evidente da non ammettere discussione. Ma l'utilità di tali denominatori è in ragione della loro capacità rappresentativa. Quanto più astratti, esangui, incolore essi sono, tanto più occorre guardarsi dal pericolo di identificare intrinsecamente istituti che cadono sotto una stessa denominazione ma appartengono a climi storici e sociali diversi»).

¹⁹⁷ ID., *op. loc. ultt. citt.*

¹⁹⁸ ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 176; v. anche p. 180.

circularità ermeneutica va dal “caso” alla esperienza comparata per poi tornare al caso, al fine di pur sempre argomentare dalle disposizioni, senza cui quella circularità sarebbe vano viaggio; è così, ancora, che (*iii.e*) «la comparaison avec des droits différents peut ... m'aider à déceler des particularités du droit italien dont ... je n'étais pas conscient ... L'étude comparative est donc pour chaque jurist national avant tout un instrument pour mieux comprendre son propre droit national et en déceler les particularités»¹⁹⁹; (*iii.f*) e che «la tâche du comparatiste est précisément celle d'élaborer pour la compréhension réciproque un langage idéal juridique ... international»²⁰⁰.

Unitariamente, ciò che la comparazione è idonea a permettere identifica l'obiettivo legittimo della sua funzione ermeneutica, ne modula e orienta la direzione, ogni deviazione dalla quale pregiudica la natura plausibile del lavoro significante e dell'esito di significazione del testo normativo.

Ma Ascarelli non si limita a dettare le esplicite “condizioni positive” di impiego ermeneutico della comparazione – in altre parole, ciò che ci si può e ci si deve attendere dalla comparazione rettamete finalizzata alla interpretazione – e il cui ribaltamento, all'evidenza, si converte in altrettante implicite “condizioni negative” da cui guardarsi per evitare il rischio di pregiudicare l'ausilio della comparazione di/tra diritti nazionali a significare “in modo” plausibile (il più plausibile possibile) il testo normativo. Egli detta anche delle esplicite “condizioni negative” di tale impiego, vale a dire ciò che non ci si può e non ci si deve attendere dalla comparazione se vi vuole che sia rettamete finalizzata alla interpretazione: (*i*) da una parte, «ai fini della comparazione, non possiamo prendere quale punto di partenza direttamente le norme giuridiche, ma invece i vari problemi sociali ... Solo in quanto questi siano individuati nelle loro differenze e nelle loro somiglianza, potremmo poi comparare le regole attraverso le quali, nei vari sistemi, se ne realizza la soluzione, ché la comparazione delle soluzioni riuscirebbe fallace²⁰¹ ove non siano intesi nella

¹⁹⁹ T. ASCARELLI, *Étude*, cit., p. 328 s.

²⁰⁰ Id., *op. ult. cit.*, p. 337; ma già ID., *Interpretazione del diritto*, cit., p. 183.

²⁰¹ Mi pare di potere affermare che qui Ascarelli intendesse additare la comparazione che si traduce in *fallacia argomentativa*, come errore di ragionamento causato dal partire da premesse false e/o da adottare inferenze scorrette. Ovviamente ad Ascarelli non era presente il dibattito della *New Dialectic* e dell'*Informal Logic* (e il più complessivo dibattito logico) sulle fallacie argomentative (il quale – è ampiamente noto – muove da Aristotele per andare oltre): per il quale v., tra altri, D.N. WALTON, E.C.W. KRABBE, *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, State of New York University Press, Albany 1995; D.N. WALTON, *Informal Fallacies. Towards a Theory of Arguments Criticism*, John Benjamins, Amsterdam 1987; ID., *Question-Reply Argumentation*, Greenwood Press, New York 1989; ID., *Plausible Arguments in Everyday Argumentation*, State of New York University Press, Albany 1992; ID., *A Pragmatic Theory of Fallacy*, University of Alabama

loro portata i problemi la cui soluzione è divisata»²⁰²; per cui, mi pare di potere affermare che ad Ascarelli fosse anche presente un approccio (che definirei) topico alla comparazione (comparare “per” problemi muovendo “dai” problemi), a ridosso temporale della cosiddetta topica ermeneutica appena emersa in Germania e in Belgio²⁰³, il cui tributo all’ermeneutica gadameriana è palese e noto; (ii) dall’altra, per Ascarelli, la comparazione «non dà e non può

Press, Tuscaloosa 1995; ID., *Argumentation Schemes for Presumptive Reasoning*, Springer, New York 1996; ID., *The New Dialectic: Conversational Contexts of Argument*, Toronto Studies in Philosophy, Toronto 1998; ID., *The New Dialectic: A Method for Evaluating an Argument Used for Some Purpose in a Given Case*, in 13 *ProtoSociology*, 1999, p. 70 ss. Da meditare anche il più risalente C.L. HAMBLIN, *Fallacies*, Methuen, London 1970.

²⁰² T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 176; ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 39 s.

²⁰³ Scontato i riferimenti, di vertice, a T. VIEHWEG, *op. cit., passim*, e J. ESSER, *op. ult. cit.*, p. 151 ss.; ma pure a C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit., passim*; e cfr., altresì, tra i molti altri, B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, X ed., C.H. Beck, München 2018, p. 384 ss.; meno recenti, S. STOLJIAR, *System und Topoi*, in *Rechtstheorie*, 1981, p. 385 ss.; e, con esplicita correlazione con la comparazione, cfr. E.A. KRAMEER, *Topik und Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ.*, 1969, p. 1 ss. [ma riferimenti al cosiddetto metodo della problematica (nella comparazione) pure in G. GORLA, voce *Diritto comparato*, cit., p. 941 s.]; v. inoltre T. ASCARELLI, *Étude*, cit., p. 326 («l’ordre de la hiérarchie de règles découlera du problème dont il [il comparatista] veut comprendre quelle a été la solution en fait»; v. anche pp. 329, 331, 334); ID., *Diritto comparato e teoria dell’interpretazione*, cit., p. 19; ed, esplicitamente, ID., *Prefazione* a ID., *Problemi giuridici*, cit., p. X («la rivendicazione della topica, così sagacemente avanzata dal Perelman, importa appunto un esame dell’argomentazione giuridica: l’indagine di Perelman e i vari ‘luoghi’ dell’argomentazione così acutamente ... analizzati, concorrerà nel porre in evidenza premesse e connessioni di orientamenti di pensiero, funzioni di determinati argomenti giuridici e esigenze alle quali rispondono»); e ancora prima uno spunto di E. BETTI, *op. loc. ult. cit.* («nello studio comparativo è preferibile il metodo di assumere a termine di raffronto un istituto storicamente determinato e di adottare come criterio di comparazione con istituti di altri climi sociali il fatto che questi siano destinati a risolvere, sia pure con mezzi tecnici diversi, un problema pratico di natura identica o sostanzialmente consimile, tenuto conto della differenza di società e di epoca»; più in generale, l’attenzione ai problemi nell’interpretazione sempre in ID., *Teoria generale dell’interpretazione*, II, cit., p. 845); v. pure ID., *Il metodo comparativo*, cit., p. 656. L’attenzione sul problema discende da e si connette con lo studio del diritto comparato come una «*law in action*» (su questo approccio, T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 328 s. e 332 s.; e, sempre con tenore di sintesi del proprio pensiero, ID., *Prefazione* a ID., *Problemi giuridici*, cit., p. VII; e, ancora, G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 942 s.). Il cosiddetto approccio topico alla e nella comparazione di/tra diritti nazionali trova corrispondenza, per il diritto societario, nella cosiddetta *functional analysis* o nel cosiddetto *functional approach* (che non è contrapposta e alternativa alla *comparative analysis*) imbastita, ad esempio, da R. KRAAKMAN *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Funtional Approach*, III ed., Oxford University Press, Oxford 2017, p. 3 s. («a strongly functional approach to the issues of comparative law ... Our analysis is ‘functional’ in the sense that we organize discussion around the ways in which corporate laws respond to these problems»).

dare direttamente la soluzione del caso, ... perché necessariamente prescinde dal caso che, nella sua concretezza, e perciò nella sua irriducibile individualità, non è stato, per definizione, risolto dal sistema studiato e non può perciò, esso, essere oggetto di una ricerca comparativistica che, per quanto accurata, concernerà sempre altri casi»²⁰⁴; il che, però, illumina sulla selettività della ricerca comparatistica ascarelliana, la quale non si pone, o forse si pone ed esclude ma senza esplicitarlo, che la soluzione del “caso” possa discendere analogicamente da “casi” (non da disposizioni) simili risolti dal sistema studiato ed esclude che, quindi, per sfruttare tale possibilità, la medesima ricerca comparatistica possa e debba dirigersi a selezionare “casi simili” sulla cui risoluzione saggiare l’eventuale soluzione del “caso” da risolvere in forza di disposizioni del sistema nazionale nel quale il “caso” deve essere risolto; e, dall’altra parte ancora, per Ascarelli, (iii) la comparazione attuata mediante riferimenti alle dottrine straniere non deve riflettere, come invece spesso accadeva (e continuamente è accaduto e accade), «mere istanze logiche»²⁰⁵. Tale uso alterato o manipolato della comparazione evidenzia pericoli di alterazione falsificante o manipolante del lavoro significante e dell’esito di significazione, cui sia stata finalizzata anche la medesima comparazione, di non minore portata di ulteriori pericoli che si può arguire Ascarelli avesse ben palesi: che la comparazione stessa divenisse (e divenga) una non dichiarata «valutazione dell’interprete», svolta secondo non sorvegliati e accorti criteri di identificazione, conoscenza, comprensione e impiego. Giunge così a definitiva e definita emersione la convinzione che «lo stimolo che spingeva in un determinato momento il giurista a voler osservare il proprio diritto come storico, non poteva che essere un dubbio concernente la sua stessa interpretazione del diritto vigente; il quale trovava nella conoscenza storica la possibilità di decantarsi e chiarificarsi, e perciò di tradursi in consapevole attività interpretativa. Il circolo tra diritto comparato e interpretazione giuridica diveniva così veramente completo»²⁰⁶.

²⁰⁴ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, loc. ult. cit.; ID., *Étude*, cit., p. 325 s. («le comparatiste, en examinant un droit, ne doit pas viser l’application de ce droit à un cas à juger, mais, au contraire, chercher à comprendre pourquoi certaines solutions et certaines décisions ont été données»).

²⁰⁵ Rischio di “alterazione” della comparazione di cui egli avvertiva, fin dalle origini delle sue riflessioni, l’effettiva presenza nella nostra dottrina: T. ASCARELLI, *Diritto comparato*, cit., p. 17 (tali «istanze logiche» concretizzano, tra l’altro, «il pericolo di scambiare concetti che mirano solo a raffigurare situazioni e esprimere valutazioni storicamente determinate con concetti di logica»: p. 21); ID., *Studi di diritto comparato*, cit., p. IX («è così che la dottrina italiana, assai più di quella estera, è ricca di riferimenti alle elaborazioni concettuali della dottrina straniera, considerate tuttavia come mere istanze logiche»).

²⁰⁶ Queste efficaci parole in A. DE GENNARO, *op. ult. cit.*, p. 653; e ancora p. 698 ss.: «il circolo tra storia del pensiero e interpretazione del diritto era ... del tutto analogo a quello

A questo punto della ricostruzione del cammino ascarelliano verso e nella comparazione, quello che mi pare fuori discussione è l'assoluta appropriatezza della "direttiva di metodologia ermeneutica" di vertice additata da Ascarelli, risolutamente rivolta a evitare distorsioni e falsificazioni ermeneutiche tramite comparazione. Tale appropriatezza risiede nella piena consapevolezza di definire quale sia la domanda corretta, in quanto "giusta" – nell'accezione ermeneutica che sarà gadameriana – da porre alla comparazione in funzione di interpretazione di un testo normativo²⁰⁷. Chi aspira a interpretare comparando/a comparare interpretando si deve porre il problema – che è problema autenticamente ermeneutico – di quella che Gadamer definirà "delimitazione della domanda"²⁰⁸. E, nel contempo, la comparazione può ausiliare nell'identificare la «corretta domanda da porre al testo normativo da interpretare». Ascarelli lo ha ben presente, nel tempo ne diventa sempre più cosciente: in definitiva, ci si rivolge alla comparazione perché vi è una domanda ermeneutica che è "aperta"²⁰⁹ e si deve però comprendere quale la domanda o quali le domande corrette che l'interprete può e deve porre alla comparazione, come selezionarle, come rispondere a esse, quali risposte attendersi dalla domanda o dalle domande alla comparazione per poi servirsene per "chiudere" la domanda da cui si era partiti.

Ascarelli è conscio di quella che Gadamer denominerà l'«esperienza

... tra interpretazione del diritto e diritto comparato. Come ... l'interesse del giurista nei confronti del diritto comparato era sempre - mediatamente - un interesse riguardante l'interpretazione del proprio diritto, così ... si trattava di mostrare che era stata proprio una determinata concezione della natura dell'interpretazione del diritto vigente a spingere l'Ascarelli ad un esame storico del pensiero giuridico di Hobbes e di Leibniz».

²⁰⁷ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 345 s. («alla domanda è essenziale il fatto di avere un senso. Senso come direzione. Direzione nella quale la risposta si può trovare, se vuole essere una risposta sensata, significativa»; «anche l'impostazione di una domanda può essere giusta o sbagliata»).

²⁰⁸ Il «primato ermeneutico della domanda» («*Der hermeneutische Vorrang der Frage*») di H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 344 ss., di derivazione socratico-platonica. V. anche oltre.

²⁰⁹ «Apertura costante di significazione» (che non confligge con le istanze di certezza ermeneutica, per come correttamente intesa) del testo, con circolazione (e di recente, v., con scenari di analisi e valutazione differenti però da quelli qui e altrove perlustrati, M. ORLANDI, *La circolazione dei significati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, p. 583 ss.) dei significanti: coglie, con brillante prosa, questa dimensione ermeneutica della riflessione ascarelliana T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 70 ss. («non c'è mai stato 'significato' ..., ma è sempre e solo del significante che circola, che produce senso, che rende possibile la sua "traduzione" in altri significanti. Non c'è mai una significazione che non rinvii ad altra significazione, non c'è mai il compiersi del senso: il senso è costitutivamente mancante, aperto, sempre in cammino nel suo farsi ... la condizione affinché possa esservi interpretazione (significazione), è l'assenza di significato da parte della legge, del testo. Ma questa assenza è esattamente ciò che consente il sempre rinnovarsi dell'interpretazione, e con essa della legge, del suo enunciarsi»).

d'urto [«die Erfahrung des Anstoß»] che si verifica di fronte a un testo [anche normativo], sia che il testo non esibisca alcun senso, sia che il suo senso contrasti irrimediabilmente con le nostre aspettative»²¹⁰; ed è giustamente persuaso che questa “esperienza” possa essere adeguatamente affrontata e vissuta anche rivolgendosi, in modi e forme adeguate e appropriate, alla comparazione di/tra diritti nazionali. In Ascarelli la comparazione diviene fonte del processo che conduce all’attuazione del «progetto ermeneutico» insito (che deve essere insito) nell’interpretazione normativa²¹¹: poiché «chi si mette a interpretare

²¹⁰ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 252.

²¹¹ Desidero esplicitare, seppure per passaggi sommi (e v. pure V. CARIELLO, *op. ult. cit.*), perché sono convinto che alcune nevralgiche categorie dell’ermeneutica gadameriana filosofica e giuridica conservino (anche senza la pur preziosa “mediazione” e modulazione svolta da parte – non da tutta e non sempre – della moderna ermeneutica giuridica, non solo di lingua tedesca), se correttamente intese e attentamente maneggiate, valenza essenziale per l’ermeneutica giuridica normativa, anche quale praticabile sul diritto positivo italiano: penso, in particolare, semplicemente qui identificandoli terminologicamente (ma non come mere occorrenze terminologiche), e in sintesi, (i) alla *precomprensione*, ai *preconcetti*, alle *private presupposizioni*, alle *opinioni proprie dell’interprete* (*Vorurteile, Vorbegriffe, eigene Vormeinungen; die eigene Gedanken des Interpreten*); e con tutte le cautele di contenimento del loro condizionamento sull’interpretazione che Gadamer suggerisce, sebbene non sia infrequente che di esse di ci si dimentichi: v. sopra); (ii) al *progetto*, al *progetto preliminare*, al *nuovo progetto di senso*, ai *progetti contrastanti*, ai *progetti correlati e adeguati all’unità di significato*; (iii) al *senso immediato*; (iv) all’*uso del linguaggio* da parte del testo e da parte dell’interprete; (v) alle *condizioni della comprensione*; (vi) all’*aspettativa di senso* (*Sinnerwartung*) e all’*anticipazione di senso* (*Antizipation von Sinn*); (vii) al *comprendersi sulla cosa*; (viii) al *senso dell’appartenenza* (*der Sinn der Zugehörigkeit*), all’*appartenenza al testo*; (ix) ai *pregiudizi produttivi*, ai *pregiudizi veri*, ai *pregiudizi falsi*; (x) al *senso giuridico originario* e al *senso giuridico della legge*; (xi) alla *funzione normativa della legge*; alla *universalità del compito ermeneutico*; (xii) al *significato comprensibile* e al *senso-significato nascosto*; (xiii) al *primato ermeneutico della domanda* (*der hermeneutische Vorrang der Frage*) e alla *logica domanda-risposta*; (xiv) al *carattere aperto della domanda*, alla sua *illimitatezza definita*, alla *delimitazione della domanda* al suo *porre in questione*; (xv) alla *fase di sospensione della domanda* e all’*apertura del problema*; (xvi) alla *comprensione del testo come comprensione della domanda*; (xvii) al *risalire col domandare al di là di ciò che è detto*; (xviii) al *comprendere il detto come risposta*; (xix) al *compiersi dell’interpretazione nel linguaggio*; (xx) all’*attualizzazione operata nell’interpretazione*; (xxi) al *linguaggio giusto dell’interpretazione per fare parlare il testo*; (xxii) alla *direzione significativa del testo*. E tale categorie dell’ermeneutica gadameriana trovo ancora proficue, per l’ermeneutica del testo normativo, nel senso di “*metodo di ricerca di ipotesi di decisione razionalmente fondate*” (L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. 86), di offerta di alcune valide e spendibili categorie di ragionamento e di classificazione, nonché di orientamento del percorso di interpretazione normativa e sulla meritevolezza della riflessione da condurre sull’impiego dell’ermeneutica gadameriana pure nell’esperienza aglosassone, v. (sebbene in assenza di un articolato dibattito) le riflessioni di W.N. ESKRIDGE JR., *Gadamer/Statutory Interpretation*, in 90 *Colum. L. Rev.*, 1990, p. 609 ss.; B. SHERMAN,

Hermeneutics in Law, in 51 *Mod. L. Rev.*, 1988, p. 386 ss.; D.C. HOY, *Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives*, in 58 *South. Cal. L. Rev.*, 1985, p. 135 ss., T. O'HAGAN, *Gadamer, Hermeneutics and the Law*, in *ARSP*, 1990, p. 197 ss.]. In via preliminare, osservo che Gadamer non ha mai inteso e preteso di esaurire, con l'indagine dell'ermeneutica filosofica, il campo dell'ermeneutica giuridica (ma semmai, all'inverso, con proposte è vero non di rado contestate, ha propugnato la «*exemplarische Bedeutung der juristischen Hermeneutik*» – H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 307 ss. – e tentato di ricostituire «die alte Einheit des hermeneutischen Problems»: *ivi*, p. 312; v. *infra*). In questa prospettiva di consapevolezza, e a scanso di equivoci, affermo, da parte mia, la convinzione che l'ermeneutica gadameriana non basti all'ermeneutica giuridica, né che le due ermeneutiche, a loro volta, esauriscano il progetto e il processo che realizza "l'interpretare giuridico normativo" e l'applicazione del suo esito di significazione a fini decisionali (e ciò siccome l'«interpretazione giuridica partecipa della dimensione normativa»: C. CASTRONOVO, *Diritto e comunicazione sociale*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Giuffrè, Milano 1994, p. 568). Nel contempo, ritengo nondimeno che l'ermeneutica gadameriana, se correttamente intesa e selezionata, e pur con i suoi limiti (in quanto tale e anche quale applicabile all'interpretazione normativa), possa ancora offrire un contributo essenziale a quel progetto e quel processo (almeno per coloro i quali non ritengano che, di per sé, all'approccio ermeneutico in quanto tale ne vada preferito altro al fine dell'interpretazione normativa; e i quali reputino, in particolare, e mi colloco tra questi, promovibile e realizzabile un'interazione tra filosofia ermeneutica e filosofia del linguaggio. La questione è ben nota: rinvio, nella nostra letteratura giuridica, per tutti e tra non pochi, anche se non recentissimo, a M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino 1994; e, in questo volume, tra altre, l'efficace prospettiva di F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica del diritto*, p. 63 ss.). Come pure sono convinto che occorra comprendere – e lo si può solo non smarrendo neppure le sfumature terminologiche della sua riflessione e alcuno dei passaggi argomentativi con esse esplicitati – cosa intendesse Gadamer decretando il "significato esemplare dell'ermeneutica giuridica" e, in particolare, quale davvero fosse il nesso tra "ermeneutica giuridica" ed "ermeneutica storica" proposto. Perché il sospetto di una confusione di piani e, con essa, di una incomprendimento della peculiarità ermeneutica dell'interpretazione normativa (e, viceversa, della impermeabilità di altre ermeneutiche a quella giuridica in ragione delle specificità di quest'ultima e, reciprocamente, della specialità delle ermeneutiche speciali) sono, altrettanto non di rado, il frutto di un fraintendimento e/o di una semplificazione del pensiero gadameriano: nel quale certo risalta l'evidenziare un «carattere effettivamente comune di tutte le forme di ermeneutica» («das wahrhaft Gemeinsame aller Formen der Hermeneutik»: H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 315) e il volere «riprendere l'antica verità e l'antica unità delle discipline ermeneutiche» («die alte Wahrheit und die alte Einheit der hermeneutischen Disziplin erneuern will»: *ivi*, p. 308; e Gadamer è cosciente che ciò possa sembrare «paradossale»): tutto ciò significa davvero che Gadamer non cogliesse le peculiarità dell'ermeneutica giuridica e/o che volesse negare la sopravvivenza di una ermeneutica giuridica al di fuori di un'ermeneutica generale? Significa davvero che Gadamer, proponendosi di ri-congiungere l'ermeneutica giuridica all'«insieme di una teoria del comprendere», intendesse completamente «pareggiare» e livellare (vale a dire, del tutto e a ogni livello), tra l'altro, "ermeneutica storica" ed "ermeneutica giuridica" (in questo senso, ad esempio, mi pare orientata la critica di C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 568 s., nt. 11), sminuire le «divergenze

tra ermeneutica giuridica ed ermeneutica storica», soprattutto nei casi in cui entrambe «si esercitano sullo stesso oggetto, cioè i casi in cui testi di diritto possono essere interpretati giuridicamente o, da un altro punto di vista, compresi storicamente» (H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 308)? O, piuttosto, e condivisibilmente, la ricerca di questo carattere comune e dell'antica unità significa, in Gadamer, recuperare tratti comuni per una teoria dell'ermeneutica che, però, non disperda le peculiarità delle singole ermeneutiche, bensì vivifichi alcune grazie alle altre, e che permettano comunque, oltre un livello di unità e uniformità ermeneutica delle diverse ermeneutiche, di salvaguardarne appunto le specificità? E non significava, piuttosto, all'epoca, recuperare all'ermeneutica giuridica lo scopo della «interpretazione di certi testi», rompendone l'isolamento cui risultava costretta quale solo «ausiliaria della prassi giudiziaria» (*ivi*, p. 307)? E non significava piuttosto, e inoltre, potenziare le singole ermeneutiche (compresa quella giuridica), recuperandone tratti dispersi dalla radicale separazione delle singole ermeneutiche? E ancora: non significava, piuttosto, muovendo proprio dall'ermeneutica giuridica verso le altre ermeneutiche, in luogo di proporre e/o avvalorarne una perdita d'identità, una compromissione dei suoi "metodi" e dei suoi "fini", al contrario esaltarli e preservarne comunque una specificità d'impiego determinata dalla circostanza – ben chiara a Gadamer – che il giudice si propone un «compito giuridico» («juristische Aufgabe»), attua «una mediazione giuridica» («eine juristische Vermittlung»), cerca di conoscere «il significato giuridico della legge» («die rechtliche Bedeutung des Gesetzes»: *ivi*, p. 311)? Non significava, piuttosto, avere pienamente presente che «il problema del senso di una legge, sia sul piano giuridico, sia sul piano storico» non è sempre «un problema unico», perché «per il giurista, il compito ermeneutico» non si riassume «tutto nello stabilire il senso originario della legge e nell'applicarlo come l'unico senso giusto», risolvendosi ciò in una «finzione giuridica insostenibile» («eine juristisch unhaltbare Fiktion»), bensì consta – lo si è ricordato: sulla scorta di Forsthoff – del riflettere «sul mutamento storico attraverso il quale il senso originario di una legge viene a distinguersi esplicitamente dal senso che assume nelle applicazioni della prassi giudiziaria» e «riconoscere i mutamenti di rapporti che sono successivamente occorsi e definire quindi in termini nuovi la funzione normativa della legge in questione» (*ivi*, p. 309 s.: e qui traluce, di nuovo, un "dialogo ideale" con quanto osservato, decenni prima, da Ascarelli)? Non significava, piuttosto, «recuperare all'ermeneutica storica tutta la sua problematica» (*ivi*, p. 311), reclamare per la riflessione dello storico lo stesso tipo di riflessione del giurista, ma nel senso peculiare che «la conoscenza storica può attuarsi solo nella misura in cui ... il passato è visto nella sua continuità con il presente»; il che appunto fa anche il giurista nello svolgere il suo compito normativo-pratico, che consiste «nell'assicurare la prosecuzione della vita del diritto come continuum e nel salvaguardare la tradizione del pensiero giuridico» (*ivi*, p. 310, con citazione di Betti, ma che, in realtà, potrebbe ben accomunare Ascarelli)? Non significava, piuttosto, trovare nell'ermeneutica giuridica «il modello per capire il rapporto fra passato e presente» («hier haben wir das Model für das Verhältnis von Vergangenheit und Gegenwart, das wir suchen»: *ivi*, p. 311: il che non pare impraticabile "esemplarmente" anche per l'interpretazione storica in ragione del fatto che l'interpretazione giuridica partecipi alla dimensione normativa)? Non significava, piuttosto, sì ricostruire «l'antica unità del problema ermeneutico» (*ibid.*), ma senza per questo dileguare le specificità delle ermeneutiche speciali, di cui però Gadamer non intendeva occuparsi in quanto tali? Ciò premesso, Gadamer, a mio avviso, non errava nell'affermare che anche per il giudice «comprendere e interpretare significa conoscere un senso e riconoscerne la validità» («heißt Verstehen und

Auslegen: einen geltenden Sinn Erkennen und Anerkennen»: *ibid.*). A me pare che troppo spesso si dimentichi o si sottovaluti (considerandolo, anzi, addirittura un limite della “spendibilità” giuridica dell’ermeneutica gadameriana) anche di tenere sempre presente che, da una parte, «in Gadamer si compie il passaggio dalla ontologia della comprensione alla epistemologia dell’interpretazione, recuperando il dialogo con le scienze dello spirito che Heidegger aveva interrotto» (L. MENGONI, *La polemica*, cit., p. 139; su tale polemica, cfr. ID., *A proposito della Teoria generale dell’interpretazione di Emilio Betti*, in ID., *Scritti*, I, cit., p. 217 ss.; v. pure M. BREONE, *Il paradosso di una polemica*, in *Quad. fiorentini*, cit., p. 113 ss.; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione: studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, Torino 2014, p. 118 ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit.; M. ORLANDI, *Il linguaggio*, cit., p. 257 ss.; v. pure il cenno di N. IRTI, *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1038 ss., sepc. p. 1041 s.); dall’altra, che «die juristische hermeneutik hat das Verdienst, gegen das konventionelle Modell der Rechtsentscheidung als einer Subsumtion des Falles unter eine zugehörige Regel die Aristotelische Einsicht wieder zur Geltung gebracht zu haben, daß keine Regel ihre eigene Anwendung regeln kann» («riattualizzare la regola aristotelica per cui nessuna regola può disciplinare la propria applicazione»: J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 244); dall’altra ancora, che Gadamer, riequilibrando il rapporto “dogmatica giuridica”-“ermeneutica giuridica”, ha permesso appunto alla prima di rompere la sua marginalità rispetto alla giurisprudenza. Se queste (ma non solo) sono eredità permanenti e di cui occorre cogliere i precipitati (magari anche per rivederne la portata giuridica rispetto al proprio diritto, in particolare rispetto a quella peculiare ermeneutica che è l’interpretazione normativa), più nel dettaglio, dovrebbe essere ovvio che la retta comprensione e il retto impiego di categorie gadameriane implichi una non frettolosa e sommaria conoscenza del percorso argomentativo del filosofo di Marburg e della concezione filosofica che lo cementa; e così anche la loro critica, del tutto legittima (anche là dove non condivisibile), purché informata, elaborata onestamente e avvedutamente motivata. Ovviamente, sebbene con denunciati eccessi emotivi (i quali, talvolta, smorzano la lucidità delle obiezioni mosse), e non senza qualche eccessiva rapidità emblematica di questa opera critica è, in Italia, la produzione bettiana. Eccessi emotivi ed eccessiva rapidità di giudizio i quali impediscono a E. Betti, ad esempio, (i) di cogliere la valenza metodologica del concetto di precomprensione e il carattere dialettico dell’ermeneutica gadameriana («completamente sfuggiti a Betti»: L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 218; come pure le tematizzazioni ermeneutiche di Heidegger: ID., *La polemica*, cit., p. 130: Betti «chiude troppo sbrigativamente la partita con Heidegger»; ma v. anche M. BREONE, *op. cit.*, p. 120); (ii) in particolare, di rigettare l’ermeneutica gadameriana perché fautrice di soggettivismo e di relativismo, mentre «il principio gadameriano della *Wirkungsgeschichte* fa leva non tanto sulla soggettività, quanto sulla intersoggettività dell’interpretare»: G. ZACCARIA, *Creatività dell’interpretazione*, cit., p. 192; nonché, sempre per la meditata e attendibile comprensione della ermeneutica gadameriana, ID., *Ermeneutica e giurisprudenza – I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit.; e v. pure le dense osservazioni di F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 190 ss. Con la necessaria precisazione che se «dal piano ontologico, che è quello dei filosofi gadameriani, si passa al piano epistemologico, su cui si muove Betti, le due posizioni non appaiono radicalmente contraddittorie»: così, ancora una volta con acume interpretativo, L. MENGONI, *A proposito*, cit., p. 218. Opposti agli accesi toni bettiani, sono quelli di Mengoni. Toni misurati e con capacità di identificare, assieme ai limiti, la perdu-

rante – e affatto smarrita ed esaurita – importanza, gli indubbi meriti e la funzione indispensabile dell'ermeneutica gadameriana, seppure con taluni "correttivi". E più precisamente, su un piano generale, con la presa di distanza dalla funzione meramente descrittiva dell'ermeneutica, e, su un piano particolare, con riserve su alcuni concetti gadameriani, giudicati «altamente astratt[i]» [il riferimento è a «fusione di orizzonti»; peraltro «traducibile metodologicamente in termini coerenti con i canoni bettiani dell'attualità dell'intendere e della corrispondenza di significato») e/o «formulati con espressioni oscure»: L. MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 218 e 220]; più in dettaglio, cfr. le articolate e approfondite, e in gran parte condivisibili riflessioni di ID., *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in ID., *Ermeneutica*, cit., in particolare VIII («occorre abbandonare l'antico tentativo di stabilire un parallelismo tra il ragionamento pratico e il sillogismo della ragione speculativa. Convertita in teoria prescrittiva, l'ermeneutica giuridica si integra nella teoria generale del discorso pratico ... si tratta anzitutto di innestare gli schemi discorsi della filosofia morale nell'argomentazione giuridica senza allentarne il legale con il diritto vigente»), nonché pp. 4 ss e 16 ss.; ID., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in ID., *Ermeneutica*, cit., pp. 73 ss. e 81 ss.; ID., *A proposito*, cit., p. 217 ss.; ID., *La polemica*, cit., p. 125 ss. (specialmente, p. 139; le stesse riflessioni di Mengoni, a loro volta, sono state da qualcuno fraintese e "piegate", non correttamente, a una generale critica dell'ermeneutica, non solo gadameriana: per una fedelte loro "ricostruzione", cfr. G. ZACCARIA, *L'apporto di Luigi Mengoni alla metodologia del Novecento*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 67 s. e 71; G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., spec. p. 108 ss.; A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica*, di *Diritto e valori*, in *Apollinaris*, 2013, p. 125 ss.; assai più in sintesi, M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 600, nt. 53). Toni di un dialogo costruttivo con l'ermeneutica gadameriana, sempre nella nostra migliore dottrina civilistica, si trovano in M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, spec. pp. 33 ss., 40 ss., 433 s.; nonché (nella costante esplorazione del legame tra ermeneutica gadameriana ed ermeneutica giuridica) in G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza – I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit.; ID., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit.; ID., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Giuffrè, Milano 1990; ID., *Positivismo ed ermeneutica nell'epistemologia giuridica contemporanea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 935 ss.; ID., *L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 323 ss.; ID., *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1995, p. 362 ss.; ID., *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 135 ss.; v. altresì, nella prospettiva penalistica, la densa analisi di M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 131 ss. E invece, e purtroppo, Gadamer spesso o (in particolare, da giuristi nostrani) non viene più adeguatamente studiato, il che non impedisce però di criticarlo, pescando qua e là "spezzoni" del suo pensiero e/o riducendo quest'ultimo a singoli sue proposizioni ovvero affermazioni, anche notorie e tra le più costantemente (ma non di rado malamente) citate, cui si è persuasi di potere ascrivere l'essenza di tutto il pensiero gadameriano o, comunque, l'essenza della sua ermeneutica giuridica. Oppure si pretende di criticare Gadamer (*rectius*, la sua teoria dell'ermeneutica giuridica) per come esso è stato aggirato, neutralizzato, sterilizzato e alterato, con esiti molto spesso essenzialmente giusnaturalistici, a opera di parte dell'ermeneutica giuridica moderna e contemporanea (anche tedesca, e non solo di parte di quella fautrice del cosiddetto pensiero topico, vale a dire di quella che non ha compreso la differenza di «radici filosofiche» tra topica ed ermeneutica: M. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 32 ss., 36 ss., 434), con uno strabiliante percor-

un testo [anche normativo], attua sempre un progetto [«vollzieht immer ein Entwerfen»]²¹². L'intreccio ermeneutico tra comparazione e interpretazione è saldo, senza che quella asfissi questa. La comparazione in funzione ermeneutica, e la comparazione *tout court* di/tra diritti nazionali, postula ed esige, nondimeno, massima abnegazione interpretativa²¹³. Ogni sistema giuridico nazionale deve essere collocato nel prisma della comparazione in funzione dell'interpretazione normativa. Ogni interpretazione normativa, a sua volta, deve essere collocata (per necessità, e non per semplice scelta, di adeguato sviluppo del processo di significazione) nel prisma della comparazione. S'instaurano relazioni di reciproca interdipendenza: l'interpretazione di ogni sistema giuridico nazionale “dipende dalla comparazione”, la comparazione (ovviamente) esiste in ragione dei diritti nazionali tra cui si compara, dovendo “tenere conto” criticamente dei diritti nazionali (*id est*, di tutte le caratteristiche dei diritti nazionali) tra cui viene instaurata la comparazione; la comparazione

so che fa ricadere su Gadamer la colpa dei suoi interpreti. In questo senso, da accogliere quanto ben scrive, ancora una volta, M. BARCELONA, *op. cit.*, p. 33: «le proposizioni di Gadamer sono chiamate a sorreggere l'ermeneutica giuridica solo dopo essere state ampiamente sterilizzate dalle loro premesse heideggeriane ed essere in pari misura contaminate con dispositivi teorici tutto sommato estranei»; e p. 40 s.: «l'ermeneutica giuridica [per la verità, non tutta]...opera un'indebita trasposizione della 'verità ermeneutica' (Gadamer) dalla questione (ermeneutica) della 'verità' dell'interpretazione del testo alla questione (metafisica) della 'verità' del testo interpretato ... Ma la 'verità' dell'interpretazione del testo è una cosa del tutto diversa dalla verità di cui il testo parla» (v. pure *ivi*, pp. 32 ss. e 433 s.). Mi preme osservare che, prestando attenzione alla dottrina giuscommercialistica che ha prestato attenzione a Gadamer, non condivido quanto affermato da F. DENOZZA, *La struttura*, cit., p. 22 s., nt. 26 (sebbene mi piace precisare che Denozza non appartenga affatto alla categoria dei critici superficiali di Gadamer, tutt'altro): né il suo giudizio critico, formulato, in modo forse eccessivamente sintetico, dell'intera ermeneutica gadameriana; né la riduzione di questa proposta a un'affermazione di esistenza della cosiddetta limitata discrezionalità; né la ricostruzione proposta delle valutazioni (assai articolate) elaborate da L. Mengoni sulla teoria ermeneutica di Gadamer (e sugli ambiti del suo impiego nel processo di ermeneutica normativa).

²¹² H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 251 (muovendo, come noto e dichiarato, da Heidegger: «die Vollzugsform des verstehenden Auslegens selbst»). E subito dopo (*ivi*, p. 251 s.): «sulla base del più immediato senso che il testo gli esibisce, egli [l'interprete] abbozza preliminarmente un significato del tutto [«einen Sinn des Ganzes»] ... La comprensione di ciò che si dà da comprendere consiste tutta nella elaborazione di questo progetto preliminare, che ovviamente viene continuamente riveduto in base a ciò che risulta dall'ulteriore penetrazione del testo... ogni revisione del progetto iniziale comporta la possibilità di abbozzare un nuovo progetto di senso [«einen neuen Entwurf von Sinn»]; ... progetti contrastanti possono intrecciarsi in una elaborazione che alla fine porta a una più chiara visione dell'unità del significato». V. pure *supra* e oltre.

²¹³ Di «abnegazione di per sé richiesta a ogni interprete» scriveva E. BETTI, *Teoria*, cit., p. 638.

di/tra diritti nazionali risponde a un'istanza interpretativa, l'interpretazione "svolta mediante comparazione" consegue esiti di significazione più attendibili e meno parziali di quelli dell'interpretazione che della comparazione non si avvalga (ad esempio, ma non solo, sotto il profilo del processo ermeneutico di rinnovamento delle *rationes* e di accreditamento di nuove²¹⁴); la comparazione, proprio perché intesa, in via finale, all'interpretazione, ricerca dapprima, per il suo svolgimento, linguaggi interpretativi adeguati e condivisibili (si avvale, quindi, di linguaggi interpretativi), sfocia poi, auspicabilmente, nella produzione e formalizzazione di linguaggi interpretativi condivisi e ripetibili, sebbene sempre aggiornabili²¹⁵.

Per Ascarelli, la funzione interpretativa della comparazione risulta opportunamente sganciata e autonomizzata dalla sua necessaria riconduzione a regole della legge interpretativa e/o dalla sua necessaria riconduzione a modi interpretativi del sistema giuridico nazionale rispetto al quale la comparazione viene invocata ai fini dell'interpretazione normativa. E, quindi, la funzione interpretativa della comparazione, per rivelarsi "in continuità" (compatibile con) il sistema giuridico, non necessita di un accreditamento o quale regola della legge interpretativa o quale modalità di una regola ovvero di più regole della legge interpretativa nazionale o come modo interpretativo autonomo o quale modalità di un modo oppure di più modi interpretativi o quale autentica fonte di diritto²¹⁶ (che, per inciso, è cosa diversa dal parlare della comparazione

²¹⁴ Come già accennato, l'attenzione a questo rinnovamento teleologico del testo normativo accumuna Ascarelli (v., in particolare, ID., *La funzione*, cit., *passim*) e E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 824 s.; e, ancora una volta, anche Gadamer (con un punto di contatto, quindi, anche tra quest'ultimo e Betti).

²¹⁵ Ciò essendo auspicabile e realizzabile in quanto le stesse categorie fatte emergere dalla comparazione «costruiscono un linguaggio ideale» (T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 24). V. altresì ID., *op. ult. cit.*, p. 36 («il diritto comparato ci mostra l'importanza del linguaggio ideale»); e ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 5 (il diritto comparato «rappresenta lo strumento per la formazione di un 'linguaggio' giuridico internazionale»; «innanzi tutto» il diritto comparato costituisce lo strumento per la formazione di tale linguaggio; cfr. pure M. GRONDONA, *Emilio Betti*, cit., p. 276 ss. V. anche T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., p. 46, dove pure la constatazione – p. 48 – che «la stessa tecnica dell'interpretazione e della applicazione dei vari diritti è alla fine un aspetto di questo linguaggio, perciò largamente indipendente dalle norme che un codice o una legge possa dettare al riguardo»).

²¹⁶ Non si fa fatica a verificare (e v., emblematicamente, la dottrina richiamata nelle note sopra dedicate all'esperienza tedesca e a quella francese; ma anche quella nostrana) come il dibattito, più e meno recente, sull'ammissibilità o meno del riconoscimento di una cosiddetta funzione interpretativa del diritto comparato sia e sia stato polarizzato proprio su/da queste alternative di qualificazione della comparazione di/tra diritti nazionali e, quindi, monopolizzato dall'affermazione ovvero dalla negazione di una cosiddetta funzione inter-

come fonte dell'interpretazione). Mi sembra che ciò corrisponda a quanto, con differenti parole, decenni dopo, si avrà modo di rilevare valutando l'atteggiamento della giurisprudenza (italiana) nei confronti dell'uso della comparazione giuridica: questa «interagisce con la giurisprudenza non già rifornendola di regole di decisione ... ma suggerendo paradigmi di ragionamento giuridico mediante i quali affrontare i problemi che l'evoluzione umana sempre rinnova»²¹⁷.

Sebbene funzionalizzata all'interpretazione normativa, la comparazione non deve essere necessariamente regola ovvero modo dell'interpretazione (il che equivale ad affermare: per essere funzionale all'interpretazione normativa, la comparazione non deve necessariamente essere qualificata o non deve per forza operare come regola della legge interpretativa, come modalità di esplicazione di una ovvero più regole di questa legge oppure come modo interpretativo), bensì deve atteggiarsi (basta che si atteggi) a legittima modalità di svolgimento del lavoro significante, del processo di significazione dei testi normativi (il che vuol dire: per essere funzionale all'interpretazione normativa, la comparazione deve e può trovare “il modo” di partecipare al processo di significazione normativa).

Ciò che legittima la funzione ermeneutica della comparazione, piuttosto e preferibilmente, è il suo accreditamento quale componente conoscitiva e di comprensione, *Erkenntnisquelle*²¹⁸ della tipologia della realtà e del sistema normativo da interpretare; sicché sono la conoscenza e la comprensione dell'elemento comparatistico (sistema normativo e tipologia della realtà) che abilitano, a loro volta, a una conoscenza e a una comprensione (più complete e anzi più attendibili, proprio perché acquisite “per o tramite comparazione”) della propria tipologia della realtà e del proprio sistema e, da qui, alla loro retta interpretazione per una retta applicazione dei testi normativi. È mi pare fondato affermare che in Ascarelli la spiccata valenza ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali si colga già nella pertinente conoscenza e comprensione del diritto straniero al fine di meglio conoscere e meglio comprendere il proprio diritto. In qualche modo, ciò che diviene e opera come tecnica di significazione del proprio diritto nazionale nulla altro è che la conoscenza e la comprensione di diritti stranieri, del complesso delle valutazioni e delle esperienze di diritti stranieri.

Ed è pure, se non soprattutto, per il viatico della comparazione di/

pretativa della comparazione in ragione dell'affermazione ovvero negazione dell'ammissibilità di classificazione della comparazione medesima come regola della legge interpretativa, modalità di regola della legge interpretativa, modo interpretativo ovvero fonte di diritto.

²¹⁷ A. GAMBARO, *Il diritto comparato*, cit., p. 10.

²¹⁸ Nella moderna dottrina comparatistica tedesca, ad esempio, J. BASEDOW, *op. ult. cit.*, p. 270.

tra diritti nazionali che si può cogliere, per Ascarelli, la provvisorietà e/o la parzialità dell'interpretazione del testo normativo; ed è tramite tale viatico che è poi concesso d'impostare il successivo e aggiuntivo processo ermeneutico: il quale, (sempre) tramite comparazione, permette «nuove interpretazioni [che] scoprono, ossia rendono pertinenti, prima che nuovi significati, nuovi dettagli significanti e costruiscono quelli su questi»²¹⁹.

4. *Prospettive di un rinnovato “cammino gadameriano” della giuscommercialistica italiana verso la comparazione: per una ermeneutica della comparazione (la comparazione come «attuazione di un progetto ermeneutico»)*

Ho esordito sostenendo, anch'io, che il cammino verso comparazione di/tra diritti nazionali per l'interpretazione dei testi normativi abbozzato e indicato, in alcune delle sue principali direttive teoriche e applicative, (pure) dalla nostra migliore giuscommercialistica degli albori e vigorosamente intrapreso e portato avanti soprattutto da Ascarelli ha finito, nonostante contrarie apparenze, per esaurire presto la sua spinta rinnovatrice e per disperdere, senza invece svilupparle e ottimizzarle, le molteplici fertili indicazioni promananti da quelle direttive. Più in generale, come già osservato, la soluzione di continuità ha interessato, salvo eccezioni che in quanto tali non assumono la valenza di connotato qualificante, l'apporto della nostra dottrina giuscommercialistica al dibattito teorico sulla comparazione, sebbene non siano certo difettati esempi di avveduto impiego (interpretativo e legislativo) della comparazione nel e per il diritto interno, a fronte nondimeno di non minori esempi di suo uso non meditato e alterato (e, in definitiva, di “non uso” di una “reale e autentica” comparazione).

Come più sopra osservato, la latitanza dal dibattito sulle cosiddette funzioni della comparazione di/tra diritti nazionali e l'abdicazione a giocare un ruolo di orientamento in quel dibattito, vivificandolo e perlustrandone pure nuovi scenari furono preannunciate e preparate dall'«isolamento culturale»²²⁰ in cui si trovò (che “fu riservato” ad) Ascarelli a partire dagli anni

²¹⁹ Adatto qui acute riflessioni di U. VOLLI, *Il resto è interpretazione. Per una semiotica delle scritture ebraiche*, Belforte, Livorno 2019, p. 18.

²²⁰ L'espressione è di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 21; Id., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 24.

Cinquanta²²¹ e dal rapido abbandono²²² dei suoi insegnamenti posteriore alla sua scomparsa. Ma è parimenti agevolmente appurabile che le medesime latitanza e abdicazione furono alimentate e progressivamente rafforzate – il che, probabilmente, fu pure conseguenza della sostanziale disattenzione a tali insegnamenti – dalla tendenza della giuscommercialistica «a chiudersi ... nei confini di uno specialismo di alto livello, senza più pretese di proporre metodi e modelli ad altri campi del diritto, e al diritto civile in particolare»²²³, come anche, e ancor di più, appunto, alla “scienza” del diritto comparato. Ma, come anche in questo caso ho già accennato, a mio avviso esiste, più in particolare, un’interdipendenza tra rinuncia (della giuscommercialistica²²⁴) a impegnarsi nel dibattito sulla comparazione e a confrontarsi con gli ambiti disciplinari che quel dibattito hanno invece alimentato, senza limitarsi a rappresentazioni di taglio e gusto prevalentemente compilativo; e speculare rinuncia (sempre della giuscommercialistica²²⁵) a offrire propri contributi alla teoria dell’ermeneutica normativa, senza adagiarsi semplicemente in adesioni a quanto già prodotto e proposto in altri ambiti culturali, non solo giuridici.

Il cammino interrotto deve essere ripreso, innestando le nostre riflessioni su preziosi risalenti lasciti di cui noi giuscommercialisti possiamo contare

²²¹ Tra i non giuscommercialisti, la situazione è posta in risalto, tra altri, negli scritti di Grondona e Gazzolo sopra citati; ma pure di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, p. 285 (dove pure – p. 286 – l’osservazione che «Ascarelli si farà forte di un’arma – che è oggi corrente nelle mani dell’odierno giureconsulto grazie all’opera missionaria di Gorla e Sacco – ma che allora era pressoché desueta, e cioè la comparazione»).

²²² Espressione ancora di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 23; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., p. 26.

²²³ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 24; ID., *Diritto civile e diritto commerciale (II)*, cit., pp. 27 e 43 (il quale ribadisce appunto anche per la giuscommercialistica attuale la valutazione di «una spinta verso lo specialismo, che comporta un’autoriduzione del campo d’interesse»), in sintonia con quanto osservato da G.B. FERRI, *Esperienza scientifica. Diritto commerciale*, in *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano 1982, p. 17 (citato da Libertini); sull’accentuato specialismo (che preferirei contrassegnare, soprattutto nella sua progressione che conduce a oggi, come “deriva specialistica”) v. anche F. D’ALESSANDRO, *Riflessione di sintesi, in 1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Giuffrè, Milano 1984, p. 291 ss.; ID., *Il metodo*, cit., p. 71; C. ANGELICI, *In tema di metodo*, cit., p. 391; v. però V. BUONOCORE, “La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi” e il diritto commerciale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, I, p. 1 ss. (sebbene questo Autore non si esprima sul contributo della giuscommercialistica post-ascarelliana, ma nemmeno pre-ascarelliana, alla teoria della comparazione e dell’interpretazione).

²²⁴ Come precisato, con eccezioni.

²²⁵ Anche in questo caso, al pari di quanto già specificato, salvo eccezioni.

e sui rilevanti apporti, provenienti da altre discipline e da altre esperienze, offerti così alla teoria della comparazione, come alla teoria dell'ermeneutica normativa. Nel ricominciare il cammino comparatistico, anche noi giuscommercialisti dobbiamo tenere sempre presente, in primo luogo, che già alla "comparazione delle soluzioni" deve essere anteposta, come ci ha ammonito soprattutto Ascarelli, la preliminare conoscenza e comprensione di tutte le somiglianze e le differenze dei problemi cui le soluzioni sono rivolte. In questa prospettiva, occorre sfuggire alla tentazione, la quale è insita in uno dei pericoli della comparazione (direi meglio: che costituisce, essa stessa, uno dei pericoli della "cattiva" comparazione)²²⁶, di limitarsi alla comparazione delle soluzioni senza avere molto attentamente comparato i problemi per i quali le rispettive soluzioni risultano proposte e sono "per (critica) derivazione comparatistica" proponibili; e, quindi, di adottare frettolosamente una soluzione adatta per un problema per la soluzione di altro problema per il quale, in realtà, la soluzione derivata solo apparentemente è calzante. Perché, al contrario, è ben possibile che, proprio muovendo da un'adeguata conoscenza e comprensione dei problemi, ci si accorga che la comparazione delle soluzioni, in luogo di essere integrativa, con esito di convergenza e reciproca inclusione, delle soluzioni, risulti selettiva, con esito di divergenza e reciproca esclusione, delle medesime soluzioni. E che, quindi, la soluzione di un problema "non sia comparabile" alla soluzione di altro problema, con conseguente inattendibilità di impiego della prima soluzione per il secondo problema.

Più in generale, il cammino deve essere sempre più attento a un'immissione critica, e pertanto auto-sorvegliata, del "dato comparatistico" (riguardi esso la soluzione, il problema e qualunque altra "entità" oggetto di comparazione) nei percorsi ermeneutici che aspirano a supportare con tale "dato" l'interpretazione della normativa nazionale di diritto societario. Occorre rifuggire da un uso ermeneutico della comparazione non mediato dalla sua soggezione a un processo conoscitivo effettivo e rigoroso rivolto a un fine pratico. Si tratta di vigilare sui pericoli di forzatura ermeneutica del "dato" comparatistico tramite sue non avvedute veicolazioni nell'ambito del nostro diritto e sui pericoli di forzatura ermeneutica del dato normativo interno tramite inappropriato uso della comparazione.

A me pare che il nostro cammino verso la comparazione debba allora risultare orientato (o ri-orientato) soprattutto da una consapevolezza, che poco sopra ho segnalato sostanzialmente radicata già in Ascarelli: quando

²²⁶ Pericolo di maldestro uso della comparazione.

si compara si risponde a una domanda autenticamente ermeneutica²²⁷. E ciò in quanto, a compiutamente riflettere, il testo normativo è, in primo luogo, risposta dell'autore-legislatore a una domanda ermeneutica sottoposta dall'autore-legislatore a se stesso²²⁸. A sua volta, il testo normativo-risposta, e con lui l'autore-legislatore, genera e sottopone ulteriori domande ermeneutiche al lettore-interprete, cui quest'ultimo, e non è mai l'autore-legislatore, deve offrire risposte. Interpretare e l'interpretazione sono, in primo luogo e all'origine, ricostruire in modo plausibile (nel modo più plausibile possibile) l'esatta domanda ermeneutica cui l'autore-legislatore ha inteso offrire risposta con il testo. Interpretare e l'interpretazione sono poi, in secondo luogo, rispondere in modo plausibile (nel modo più plausibile possibile) alle domande ermeneutiche sottoposte dal testo-risposta e dall'autore-legislatore al lettore-interprete.

La comparazione è complessivamente domanda ermeneutica perché discende, a sua volta, e dipende da un problema ermeneutico. La valenza di domanda ermeneutica discende e dipende – l'ho suggerito poco più sopra, convinto che ciò sia già presente ad Ascarelli – dalla valutazione della domanda ermeneutica quale corretta (nel senso di “giusta”) domanda da porre alla comparazione e dalla valutazione della corretta risposta ermeneutica quale corretta risposta che ci si può attendere dalla comparazione. La comparazione di/tra diritti nazionali è categoria ermeneutica, soprattutto, nel senso di forma di “conoscenza (anche) derivata da” del dato normativo di diritto interno; è problema ermeneutico, in quanto, nella nostra esperienza, si sostanzia (anche) in un problema di conoscenza e comprensione afferente ai rapporti (*i*) tra interprete e testo normativo da interpretare, (*ii*) tra interprete, sistema ed esperienza giuridici nazionali nel quale e nella quale un testo normativo è collocato e la relativa “tipologia della realtà”, (*iii*) tra interprete e tecniche di significazione dei testi normativi adottate in questo sistema e in questa esperienza, (*iv*) tra interprete e altro sistema ovvero altri sistemi e altra esperienza ovvero altre esperienze giuridiche, e relative “tipologie della realtà”, con cui si compara e tra interprete e tecniche di significazione del

²²⁷ Chiaramente, e già, ad esempio, R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Paris 1991, p. 428 ss. (diritto comparato come *démarche herméneutique*). L'esplicito accostamento tra “ermeneutica” e “comparazione” si ritrova proficuamente isolato in G. ZACCARIA, *Hermeneutic Aspects of the Comparative Study of Law*, in A.M. RABELLO (a cura di), *Essays on European Law and Israel*, Springer, Jerusalem 1996, p. 11 ss. Altri ha scritto del confronto con il diritto straniero come «scelta culturale ed ermeneutica»: V. VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale*, cit., p. 15; v. anche dopo, in nota e in testo.

²²⁸ La (già citata) logica della domanda-risposta, socratico-platonico-gadameriana.

diritto praticate in tali sistemi ed esperienze²²⁹.

Come domanda, problema e categoria ermeneutici, la comparazione coinvolge e include un'operazione dogmatica, di rigorosa selezione dei concetti, anche altrove ovvero esclusivamente altrove elaborati, e di loro eventuale accurato impiego derivato, se necessario tramite adeguamento. Si deve comparare, pertanto, in vista del conoscere e comprendere sistemi generalizzati di concetti idonei a mettere il giuscommercialista in condizione²³⁰ di: (i) a un primo livello, conoscere, comprendere e mettere "in contrasto", in termini coerenti, dati presenti in differenti ordinamenti (chiamo questa fase della comparazione di "comprensione mediante appropriazione concettuale"); (ii) a un secondo livello, di conoscere e comprendere il linguaggio ovvero i linguaggi specifici da impiegare per rendere e trasferire la retta comprensione di quei concetti (denomino questa seconda fase della comparazione "comprensione mediante formalizzazione linguistica della comparazione")²³¹; (iii) a un terzo livello, di conoscere e comprendere le modalità con le quali sistema di concetti e suo/suoi linguaggio/i di formalizzazione concorrono a esplicitare un plausibile o più plausibili²³², perché verosimili, esiti di significato/i di un testo normativo (contrassegno questa terza fase della comparazione "comprensione mediante finalizzazione argomentativa ovvero interpretativa della comparazione").

Quando non è destinata a esaurirsi in mero arricchimento culturale senza

²²⁹ Confidando di non avere frainteso, colgo un (sebbene non esplicitato) auspicio alla rivalutazione di una dimensione complessivamente ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali in C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 397: «sicché per noi [giuscommercialisti] la comparazione non ha solo un pur importante ruolo conoscitivo e non si esaurisce nel confronto fra soluzioni normative di ordinamenti differenti, ma contribuisce in maniera essenziale alla comprensione della prassi che si deve regolare e a chiedersi quale può essere il suo significato per il nostro ordinamento, alla luce perciò delle sue caratteristiche complessive e delle scelte politiche che lo ispirano».

²³⁰ Riadatto tradizionali acquisizioni dell'analisi comparata nelle scienze sociali (per me in buona parte ancora valide, anche per la comparazione giuridica) soprattutto di N.J. SMELSER, *Notes on the Methodology of Comparative Analysis of Economic Activity*, in 6 *Soc. Sci. Inf.*, 1967, p. 7 ss.; ID., *Comparative Methods in the Social Science*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1976, *passim*.

²³¹ V. anche dopo.

²³² Mi viene da osservare – con C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 566 – che «la varietà o molteplicità possibile dell'interpretazione non significa alienazione dal testo; essa si dà piuttosto proprio nell'intenzione, fino in fondo perseguita, di conseguire il senso 'vero' [io prefisco, gadamerianamente, il senso "giusto", che intendo però come il senso più giusto in quanto più plausibile] della norma interpretata». Nel contempo, e da altra prospettiva di valutazione, più interpretazioni plausibili non si *contraddicono* a vicenda, ma ognuna di essa contraddice le interpretazioni in-plausibili.

alcuna funzionalizzazione legislativa e/o interpretativa, la comparazione di/tra diritti nazionali è, anzitutto, attività conoscitiva e di comprensione di un diritto straniero al fine della sua utilizzazione nell'ambito di un dei sistemi interessati dalla comparazione. Al pari di quanto si è venuto delineando, la comparazione si atteggia, prima di tutto, come complesso di attività conoscitive e di comprensione destinate a sfociare nell'impiego di quanto conosciuto e compreso, debitamente veicolato (e non tanto "recepito") "alla luce" del (in conformità e compatibilmente con il) diritto interno. Pertanto, quando si compara in particolare per interpretare (il proprio diritto interno), propriamente a risultare impiegato non è direttamente il diritto straniero come tale, bensì tale diritto adeguatamente filtrato dalla comparazione quale complessivo processo ermeneutico.

La domanda ermeneutica della comparazione e il problema ermeneutico della comparazione posti, il processo ermeneutico della comparazione svolto, pertanto, nell'ambito di una completa ermeneutica della comparazione e con una completa ermeneutica della comparazione, al fine di indentificare e legittimare una completa funzione ermeneutica della comparazione. La comparazione di/tra diritti nazionali è, dapprima, tecnica di conoscenza del "dato" comparatistico, tecnica di comprensione del conosciuto, tecnica di interpretazione di ciò che si è conosciuto e compreso; quindi, è tecnica di conoscenza, comprensione e interpretazione del "dato" del proprio diritto per il tramite di altro diritto preventivamente conosciuto, compreso e interpretato. Ed è tecnica di conoscenza, "strumento conoscitivo" al pari delle regole della legge interpretativa (e dei modi interpretativi), nello stesso senso in cui lo sono queste (e questi): «autentici strumenti conoscitivi a disposizione dell'interpretazione/attività ... che consente di identificare l'interpretazione/prodotto più corretta»²³³; meglio direi, "strumenti conoscitivi" del cosiddetto lavoro significante, appartenente al piano della produzione, distinto dalla significazione, appartenente al piano del prodotto²³⁴.

²³³ Così M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 438, con riguardo alle interpretazioni storica, sistematica, teleologica.

²³⁴ Nel corso dell'esposizione, ho accolto e applicato (cfr. anche V. CARIELLO, *op. ult. cit.*), non considerandola non compatibile con le categorie dell'ermeneutica gadameriana prescelte (e nemmeno con i ripetuti riferimenti agli "esiti di significazione"), la distinzione tra *significazione*, appartenente al piano del *prodotto* (=l'esito della interpretazione), e il *lavoro significante*, reso e svolto sui piani della *produzione*, della enunciazione, della simbolizzazione, "affidati" ai linguaggi interpretativi (=interpretazione come esito del lavoro significante; o se si vuole: l'esito di significazione è l'esito del lavoro significante, e non esiste se non in quanto tale): distinzione accolta nel senso di R. BARTHES, *Scritti. Società, testo, comunicazione*, Einaudi, Torino 1998, trad.it. a cura di M. Di Leo (scelta tratta da R. BARTHES, *Ouvres complètes*, Seuil, Paris 1993-1995), p. 234 (il testo è «gioco mobile di significati»;

L'accreditamento di una spiccata valenza ermeneutica, in chiave interpretativa, della comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell'Unione europea si muove a proprio particolare agio nel contesto di concezioni cosiddette dinamiche dell'interpretazione²³⁵, anche se non necessita di accedere, pur aderendo alla concezione dinamica, agli orientamenti più marcati della cosiddetta teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica²³⁶. La comparazione in funzione interpretativa si muove, certo, a proprio agio, nel con-testo²³⁷, imponendosi quale «dato giuridico esterno al testo»²³⁸; la comparazione si svolge come modalità di *Kontextualisierung*²³⁹ dell'interpretazione del testo normativo, più propriamente del testo normativo come tale; e, per inciso, risulta idonea a funzionare senza richiedere professioni di fede (le quali aspirino essere dedite alla filosofia del linguaggio) in favore del cosiddetto contestualismo anche quello più radicale²⁴⁰ e, per converso, non imponendo prese di distanza

«senza possibile riferimento a uno o più significati fissi [in realtà, questa premessa non condiziona, o comunque può non condizionare, a mio avviso, la distinzione che sta per essere introdotta], diventa necessario distinguere la significazione, che appartiene al piano del prodotto, dell'enunciato ..., e il lavoro significante, che appartiene invece al piano della produzione, dell'enunciato»; e v. J. GUITTARD, É. NICOLAS (a cura di), *Barthes face à la norme. Droit, pouvoir, autorité, language(s)*, Dalloz, Paris 2018). Sul concetto di significazione, v. ora (ma in una prospettiva non del tutto coincidente con quella di frequentata) M. ORLANDI, *La circolazione*, cit., p. 592 ss.

²³⁵ Con evidenza (e con intensità di confronto), v., di recente, soprattutto V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2012, p. 112 ss., B. PASTORE, *Interpretazione giuridica e dipendenza contestuale del significato*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2017, p. 345 ss.

²³⁶ Appunto, quelli teorizzati da V. VILLA, *op. cit.*, spec. p. 117 ss.

²³⁷ Termine affatto univoco (per tutti, F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 158 ss.); lo intende come «complesso di fatti circostanti», di recente, M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 585.

²³⁸ Per tutti, nella nostra migliore scienza comparatistica: R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, UTET, Torino 1999, p. 241 ss.

²³⁹ Evidenza recente alla centralità di questa attività nell'interpretazione messa in opera nelle *Gerichtsentscheidungen* (in particolare, del Zweiter Senat del *BVerfG* tedesco), in O. LEPSIUS, *Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in *JZ*, 2019, p. 793 ss.; più in generale, sempre limitandosi ai più recenti, D. ZAREFSKY, *Underlying Assumptions of Examining Argumentation Rhetorically*, in *Argumentation*, 2019, <https://doi.org/10.1007/s10503-019-09501-2>. Nella dottrina ermeneutica italiana, assai frequenti, e per nulla solo recenti, i riferimenti al «contesto» quale «materiale» della/per l'interpretazione giuridica.

²⁴⁰ Alludo alle posizioni, tra altri, di F. RECANATI, *Contextual Dependence and Definite Descriptions*, in *87 Proceedings of the Aristotelian Society*, 1987, p. 57 ss.; ID., *Domains of Discourse*, in *19 Linguistics and Philosophy*, 1996, p. 445 ss.; ID., *Literal Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge 2004; ID., *Truth-Conditional Pragmatics*, Oxford

(sempre conformate alla filosofia del linguaggio) dal cosiddetto letteralismo anche quello più radicale²⁴¹.

Ma la valenza ermeneutica del “dato” comparatistico rispetto al diritto interno alla cui interpretazione quel “dato” è funzionalizzato non uscirebbe di molto depauperata ovvero ridimensionata (bensì proprio l’opposto) anche se si riconoscesse questo “dato” o come tecnica o procedimento di convalidazione²⁴², tramite il lavoro significante, di un esito di significazione guadagnato altrimenti o come elemento determinante la maggiore persuasività dell’impiego di una regola della legge interpretativa in luogo di altre, dell’uso di una modalità di esplicazione di una regola al posto di altra modalità dell’identica regola, dell’impiego di un modo interpretativo “con prevalenza” su altri modi e/o su regole della legge interpretativa, dell’uso di una modalità di esplicazione di un modo interpretativo in luogo di altra modalità di esplicazione dello stesso modo.

D’altra parte, nella sua prospettiva teorica ed’impiego, la funzionalizzazione ermeneutica in chiave interpretativa della comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell’Unione europea presuppone e impone una «ideologia dell’interpretazione», nella duplice forma di un discorso valutativo e prescrittivo²⁴³ sulla interpretazione tramite o “per via” di comparazione,

University Press, Oxford 2010; K. BACH, *Conversational Implicature*, in 9 *Mind & Language*, 1994, p. 124 ss.; ID., *Context Ex Machina*, in Z.G. SZABÒ (a cura di), *Semantics versus Pragmatics*, Oxford University Press, Oxford-New York 2005, p. 15 ss.; D. SPERBE-D. WILSON, *Relevance*, Blackwell, Oxford 1986. In ambito giuridico, sui cosiddetti contestualismi radicali e moderati, v., in sintesi, M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 585 ss.

²⁴¹ Qui il pensiero corre soprattutto al cosiddetto minimalismo semantico di E. BORG, *Minimal Semantics*, Oxford University Press, Oxford-New York 2004; e di H. CAPPELEN, E. LEPORE, *Insensitive Semantics: A Defense of Semantics Minimalism and Speech Act Pluralism*, Blackwell, Oxford 2005.

²⁴² Nel senso inteso da P. RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 194 («i procedimenti di convalidazione con i quali mettiamo alla prova le nostre congetture...si avvicina[no] più ad una logica delle probabilità che non ad una logica della verifica empirica. Sostenere che un’interpretazione è più probabile di un’altra è diverso che dimostrare che una conclusione è vera. In questo senso, convalidazione non equivale a verifica. La convalidazione è una disciplina argomentativa, paragonabile ai procedimenti giuridici dell’interpretazione legale. È una logica dell’incertezza e della probabilità qualitativa»), in scia a E.D. HIRSCH JR, *Validity and Interpretation*, Yale University Press, New Haven 1967.

²⁴³ Quindi, *ideologia dell’interpretazione* esattamente nel senso scolpito da R. GUASTINI, *Interpretazione e dintorni. Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, cit., p. 1805 s.; sicché, adattando, il *discorso prescrittivo* implicherà di «elaborare regole, direttive, o metodi di corretta» interpretazione tramite o per via di comparazione, «destinati a guidare il lavoro degli interpreti, e segnatamente dei giudici»; il *discorso valutativo* si tradurrà nel «valutare la correttezza [meglio direi, la plausibilità] dell’una o dell’altra interpretazione» tramite o per via di comparazione: e cfr. V. CARIELLO,

orientata alla e dalla comparazione.

Sono poi propenso a ritenere che comparare sia servirsi di e per comparare occorra servirsi di un peculiare linguaggio ermeneutico²⁴⁴; e che, in particolare, la finalizzazione interpretativa della comparazione si traduca in un peculiare linguaggio interpretativo o dell'interpretazione²⁴⁵. Il linguaggio comparatistico si compone almeno del linguaggio cui si affida la comparazione e del linguaggio poi impiegato per esplicitare l'esito della comparazione, di cui però sarebbe opportuno elaborare e rendere nota la "legislazione" della sua formazione e del suo funzionamento²⁴⁶. Più precisamente, sono incline

op. ult. cit.

²⁴⁴ Per qualche consimile spunto, sebbene in una prospettiva di valutazione in parte dissimile da quella qui adottata (e, in ogni caso, non focalizzata sulla progettualità ermeneutica della comparazione quale da me intesa), C. VALCKE, *Comparing Law. Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments*, Cambridge University Press, Cambridge 2018 [diritto comparato come pratica sociale che riflette e genera i tratti collettivi di *collective commitments*; sistemi giuridici come "comunità epistemiche"; l'espressione evoca l'immagine-concetto di «comunità interpretante» di P. RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 154: «la serie degli interpretanti è la catena delle interpretazioni prodotte dalla comunità interpretante e incorporate nella dinamica del testo, come opera del senso su se stesso. I primi interpretanti di questa catena fanno da tradizione per gli ultimi interpretanti, che rappresentano l'interpretazione propriamente detta»; e, molto incisivamente cfr. O. FISS, *Objectivity and Interpretation*, in *34 Stanf. L. Rev.*, 1982, p. 739 ss., in particolare p. 762 (ripreso da J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 275): le interpretazioni giuridiche sono vincolate a regole autorizzate da una comunità interpretativa (echi lontani, agli albori dell'ermeneutica, forse anche in F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Il primo abbozzo dell'ermeneutica [del 1805]*, in Id., *Ermeneutica*, cit., p. 120 s.: «viceversa parecchi scrittori vanno considerati come uno solo e si chiariscono l'un l'altro se appartengono alla stessa sfera, periodo, scuola»; e più precisamente, Id., *Lermeneutica generale del 1809-1810*, *ivi*, I 51-I 53, pp. 232-233)]. Si può stabilire un parziale parallelismo tra la nozione di "comunità interpretante" e quella di "gruppo di riferimento" (dell'argomentazione giudiziaria: su cui C. PERELMAN, L. OLBRECHTS, TYTECA, *op. cit.*, p. 97).

²⁴⁵ V. anche V. CARIELLO, *op. ult. cit.*; di grande efficacia R. GUASTINI, "Trama aperta", *scienza giuridica, interpretazione*, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, LED, Milano 1994, p. 472 s.: «chi descrive le interpretazioni altrui ... compie un atto linguistico descrittivo: agli enunciati del discorso descrittivo convengono i valori di vero e di falso [sebbene io preferisca sostituire il binomio vero-falso con quello più plausibile-non plausibile]. Per contro, chi interpreta un testo – comunque lo interpreti – esegue un atto di linguaggio del tutto differente: l'atto linguistico chiamato 'interpretazione'. Agli enunciati del discorso interpretativo ... non possono convenire i valori di verità».

²⁴⁶ Poiché, in senso generale, «la legislazione del linguaggio fornisce ... le prime leggi della verità»: F. NIETZSCHE, *Su verità e menzogna in senso extramurale*, trad.it. a cura di G. Colli, Adelphi, Milano 2015, p. 15 (tit. orig., *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*, 1873 – testo tedesco consultato: *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*, Kröner, Leipzig 1919).

a suggerire d'impostare e sviluppare la relazione della comparazione di/tra diritti nazionali con il linguaggio secondo una triplice intelaiatura: la comparazione è prodotta da linguaggi ermeneutici, si avvale di linguaggi ermeneutici, produce linguaggi ermeneutici destinati a inverarsi in linguaggi per e di interpretazione normativa. E sono altresì propenso a pensare esistenti, nelle singole esperienze giuridiche nazionali, plurimi ordinamenti ermeneutici intesi quali plurimi sistemi di significato o di significazione²⁴⁷, e correlativamente esistenti plurimi sistemi di linguaggi interpretativi che producono quei significati muovendo dai linguaggi normativi delle regole: e a considerare la comparazione di/tra diritti nazionali parte integrante dei sistemi di significazione normativa e dei sistemi di linguaggi interpretativi che manifestano e informano sui lavori significanti e sugli esiti di significazione normativa.

E difatti, ogni linguaggio interpretativo, per dirsi anche rettamente comparatistico, dovrebbe essere idoneo a tracciare, più o meno diversamente da ogni altro linguaggio interpretativo che a sua volta aspiri a dirsi rettamente comparatistico, lo specifico progetto di legittimazione di almeno un plausibile significato del testo normativo. La funzione ermeneutica della comparazione come componente costitutiva e formativa di un progetto ermeneutico include la presenza di uno specifico ovvero di specifici linguaggi ermeneutici comparatistici o comparativi. Dovrebbe avvenire così che una riflessione criticamente organizzata sulla complessiva funzione ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali, e più in generale sulla ermeneutica della comparazione, si svolga pure sul duplice versante dei *linguaggi interpretativi della e nella* comparazione²⁴⁸. E ancora. Chi riconosce una primaria funzione ermeneutico-interpretativa alla comparazione di/tra diritti nazionali dovrebbe accettare il confronto sui probabili "punti di vista" interpretativi soggettivi che concorrono a promuovere tale funzione, sul linguaggio interpretativo prescelto per la realizzazione della medesima funzione, sulle cosiddette regole di controllabilità e di eventuale convalidazione-conferma degli esiti di significazione prodotti, sulle relazioni esistenti con altre tecniche di significazione

²⁴⁷ M. BARCELONA, *op. cit.*, p. 179, parlerebbe di «sistemi di senso» («l'organizzazione di regole in sistema è anche un'organizzazione dei diversi sensi in esse incorporati ... Il sistema giuridico, per conseguenza, non è solo un sistema di regole, ma è, al tempo stesso, un sistema di senso, del qual senso, allo stesso modo, si può dire che è, contemporaneamente, più e meno della somma dei significati delle regole che lo compongono»).

²⁴⁸ E v. R. KRAAKMAN *et al.*, *op. loc. cit.* [«in focusing on the jurisdictions we know best, an element of subjectivity is of course introduced. This reflects a heuristic endeavor on our part: the goal is not so much to provide a definitive account of corporate laws anywhere (let alone everywhere), but a common language for understanding them»].

imposte e comunque ammesse dal sistema normativo di riferimento.

Se così progettato, il cammino verso la comparazione in funzione interpretativa evoca e aspira a un divenire conoscitivo²⁴⁹. Nel concorso di più esiti di significazione plausibili, la comparazione può permettere le (più plausibili) contestualizzazione e attualizzazione del testo normativo quali “processi razionalmente controllabili”, ma sempre nel contegno del medesimo testo e dei suoi adeguati e appropriati contesti di riferimento²⁵⁰. La comparazione diviene, così, modalità primaria di intraprendere un testo normativo per interpretarlo, di appunto “mettersi in cammino verso” esso in modo che questo “si faccia”, “venga reso”, “avvenga e accada”, secondo un processo unitario, nella comprensione²⁵¹, dopo la conoscenza, per l’applicazione²⁵². Il testo normativo “si fa” tramite la comparazione e la comparazione “fa” il testo. Il testo “si fa” tramite la comparazione, nel senso che la comparazione, agisce sul, nel e con il testo²⁵³, ma pure “oltre” il testo,

²⁴⁹ Molto intesamente, tra altri, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*, in *Comparer les droits*, cit., p. 123 ss. (in particolare, pp. 123 s. e 126 ss.).

²⁵⁰ Mi rifaccio, pure per la funzionalizzazione ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali, all’indicazione interpretativa generale di M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 439: «anche a fronte di astratte possibilità interpretative plurime ... sono applicabili procedure di verifica-zione/falsificazione a dimostrazione dell’appartenenza delle singole ipotesi interpretative al dominio del logicamente possibile, e cioè al dominio definito dalle condizioni di possibilità determinate dal testo. Questo deve essere sottoposto a processi razionalmente controllabili, quali sono quelli di contestualizzazione e di attualizzazione dai quali dipende la piena attribuzione di significato, che consentono di collocare le varie ipotesi di senso su una scala di plausibilità, il cui ordine deve essere rispettato dall’interprete».

²⁵¹ Nell’ermeneutica giuridica moderna, «intraprendere un ‘percorso’ di interpretazione», solo dopo avere compreso il testo, è sequenza fraseologica, e precisazione programmatica, reiterata: per un esempio, cfr. J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneu-tischen Transpositivität des positiven Rechts*, C.H. Beck, München 1972, p. 87 ss. S’impone, nondimeno, una precisazione ID., *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechstanwendung*, Ducker & Humboldt, Berlin 1965, p. 6, coltiva e propugna l’interpretazione non come processo conoscitivo, bensì atto linguistico, parte esterna di un processo conoscitivo; diversamente, soprattutto quando parlo di *linguaggi interpretativi* (v. dopo e, soprattutto, V. CARIELLO, *op. ult. cit.*), tengo assieme, in modo che non mi pare incompatibile ovvero inconciliabile, l’interpretazione come *progetto* e *processo conoscitivo* [con portata più omnicomprensiva di quella propugnata da K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, VI ed., Springer, Berlin 1991, p. 204 ss. (spec. p. 204, nt. 1: l’interpretazione è anche il procedimento conoscitivo sottostante alla dichiarazione), e in un senso gadameriano, volutamente non sterilizzato con altro], come *atto linguistico* e come *atto informativo*.

²⁵² Anche qui, ancora una volta, in senso gadameriano (per come sopra precisato).

²⁵³ Occorre «cercare, al di qua dell’interpretazione soggettiva dell’interpretazione come atto sul testo, un’operazione oggettiva dell’interpretazione che sarebbe l’atto del testo»: P.

per poi ritornarvi e “renderlo”, sintonicamente con ciò che il testo è, al riparo della sparizione del testo nel suo “oltre” (i con-testi), il quale (i quali) modula (modulano), ma non assorbe (assorbono) mai il testo. L’esito di significazione praticato risultante della comparazione, componente del lavoro significante a sua volta in funzione applicativa, seleziona pur sempre uno tra più plausibili significati del testo normativo e, ancora prima, tra uno o più plausibili significati e uno o più significati non plausibili, alcuni dei quali scartabili di per sé, perché non potrebbero mai costituire uno dei “significati possibili” del testo²⁵⁴, altri implausibili con riguardo alla specifica fattispecie. Ma è anche fondato ritenere che si diano testi normativi i quali, oltre ad ammettere plurimi esiti di significazione finale plausibili tra i quali selezionare l’unico esito poi praticato nella e con l’interpretazione per l’applicazione, si aprano a più esiti di significazione interlocutori plausibili non alternativi, che vadano coordinati e che si combinino tra loro, nel lavoro significante, per ottenere l’esito di significazione finale plausibile, il quale non coincide con uno solo degli esiti di significazioni interlocutori. E che la comparazione anche contribuisca a realizzare, a rendere possibile questo coordinamento.

La comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell’Unione europea vuole e può e deve essere componente fissa del «progetto ermeneutico», quale «progetto di significato» («Entwurf von Sinn»)²⁵⁵, attuato, come sottolineato, con un linguaggio interpretativo: linguaggio, tramandato oppure di nuovo conio, in cui ogni interpretazione «si compie»²⁵⁶, essendo il linguaggio l’“in sé” di ogni interpretazione²⁵⁷, la quale è (esiste) nel e tramite linguaggio, giacché ogni linguaggio del testo normativo deve transitare²⁵⁸ dal linguaggio interpretativo per divenire interpretazione-testo interpretativo e interpretante del testo normativo e, come tale, testo interpretato. Sussistendo, ancora e anche, una stretta e polivalente correlazione tra “tecniche dell’interpretazione” e linguaggi che le rendono, nel senso di esplicitarne e attuarne lo svolgimento²⁵⁹. L’“evento” interpretazione è

RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 152 (e pure pp. 181 e 192).

²⁵⁴ Giacché «il testo [anche normativo] è un campo limitato di costruzioni possibili»: P. RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 195.

²⁵⁵ V., sempre, V. CARIELLO, *op. ult. cit.*

²⁵⁶ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 350: «die Auslegung ... sich sprachlich vollzieht».

²⁵⁷ V. CARIELLO, *op. ult. cit.*

²⁵⁸ In un *passaggio* che è nevralgico; cfr. *ibidem*.

²⁵⁹ Assai raffinata la correlazione posta da M. FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Paris 1966, p. 312: «les méthodes d’interprétation font ... face, dans la pensée moderne, aux techniques de formalisation: les premières avec la

(esiste) nel linguaggio interpretativo, il lavoroificante, nel contempo, elabora e si consegna a un linguaggio interpretativo. L'esito di significazione cui noi "diamo il nome" di interpretazione null'altro è che il linguaggio interpretativo che noi impieghiamo per evocare ciò che l'interpretazione vuole essere e vuole esprimere, ciò che può essere e può esprimere. L'esito di significazione che denominiamo interpretazione è dinamico, e non statico, in quanto affidato, per esistere, a un linguaggio (a seconda dello specifico contesto, scritto od orale).

Il testo normativo può "parlare" solo se veicolato da un «linguaggio giusto»²⁶⁰ e l'interpretazione più plausibile è quella resa tale dal linguaggio interpretativo più plausibile (proprio perché linguaggio "più giusto"). E questo anche perché il linguaggio interpretativo è articolazione dell'interpretazione²⁶¹. E allora la comparazione di/tra diritti nazionali, se "vuole fare parlare" il testo normativo "nel modo più giusto", deve trovare il "linguaggio più giusto" allo scopo. Il che – mi preme precisarlo – non vuol dire che l'interpretazione sia solo una questione di linguaggio²⁶², se con tale affermazione si intendesse sostenere che l'interpretazione non sarebbe governata dalla legge, ma solo dal linguaggio. Piuttosto, il linguaggio interpretativo è l'"in sé" dell'interpretazione; ed entrambi – linguaggio e interpretazione – risultano sottoposti alla legge: nel senso che l'interpretazione e il linguaggio interpretativo in cui essa "si fa", "si compie" sono orientati da e devono essere conformi a tecniche di significazioni conformi alla legge. E il linguaggio è, complessivamente, l'"in sé" dell'interpretazione nel suo momento di svolgimento e produzione, sicché nella sua "fase" di lavoroificante, e nel suo momento di conseguimento ed esplicitazione del suo esito di significazione, vale a dire nella sua "fase" di prodotto. Ma, nel contempo, lo stesso linguaggio interpretativo si espone e presta a essere eventualmente interpretato, senza che però l'interpretazione sia a sua volta l'"in sé" del linguaggio interpretativo, bensì la possibile modalità di

prétention de faire parler le langage au-dessous de lui-même, et au plus près de ce qui se dit en lui, sans lui; les secondes avec la prétention de contrôler tout langage éventuel, et de le surplomber par la loi de ce qu'il est possible de dire. Interpréter et formaliser sont devenues les deux grandes formes d'analyse de notre âge».

²⁶⁰ H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 375; v. *supra*. L'ermeneutica è «tecnica interpretativa», la quale mostra le «regole del giusto comprendere»: L. CORTELLA, *op. cit.*, p. 29.

²⁶¹ Specularmente, forse, mi sia concesso, al «parlare» come «articolazione della comprensibilità» («Rede ist die Artikulation der Verständlichkeit»): M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., p. 161.

²⁶² In questo senso – ma solo in questo senso – concordo con W. BAUDE, S.E. SACHS, *op. cit.*, p. 1082 ss., allorché avvertono che l'interpretazione non è solo questione del linguaggio, giacché essa è dominata dalla legge.

chiarificazione di un linguaggio interpretativo non auto-esplicitantesi.

Il cammino dei giuscommercialisti per la comparazione di/tra diritti nazionali in funzione di significazione di testi normativi – in sintesi, il cammino verso un’interpretazione orientata alla e dalla comparazione ovvero un’interpretazione tramite o “per via” di comparazione²⁶³ – deve farsi sempre più consapevole e convinto che tra «diversi strati di significazione», nella «pluralità di strati di significato»²⁶⁴ che un testo normativo può denotare ed esibire e che si cumulano nell’esito finale di significazione, ve n’è almeno uno – il più plausibile perché il più ermeneuticamente completo (quanto al processo e progetto di conoscenza e comprensione che lo sorreggono) – conoscibile e comprensibile solo mediante quella comparazione: “strato di significato o di significazione” che non è *in toto* appropriabile, fungibilmente, tramite differenti tecniche di significazioni, pur se combinate.

Più precisamente. Ogni interpretazione si risolve in uno degli

²⁶³ Non invece un’interpretazione conforme a comparazione: giacché, seppure un’interpretazione possa essere “conforme a tante cose” (M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 445), condivido il “preciso tecnicismo” di tale denominazione (rinviante a un’autentica gerarchia normativa-ermeneutica), da riferire a fattispecie o casi (*rectius*, “tipi” di interpretazione) nei quali sussista (debba darsi o si dia) «l’obbligazione di desumere dalle norme di una fonte interpretazioni che siano in armonia con le interpretazioni desunte dalle norme di altra fonte, che sia con la prima in uno specifico rapporto condizionante»: così *ibidem* (e v. pure, tra altri, G. PISTORIO, *La prevalenza ermeneutica del diritto comunitario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, cit., p. 2622), il quale poi – p. 447 – precisa: «ogni tipo di interpretazione conforme ha le sue ragioni e ... sarebbe sbagliato confondere quelle dell’interpretazione conforme a costituzione con quelle dell’interpretazione conforme a legge, o quelle dell’interpretazione conforme al diritto euorunitario con quelle dell’interpretazione conforme a diritto internazionale. Ma esiste un denominatore comune, un fattore che tutte le unisca e che spieghi perché l’interpretazione ‘conforme a’ (qualunque cosa venga dopo ‘a’) sia diffusamente praticata nei più diversi ordinamenti? Deve ritenersi di sì». Condivido, ulteriormente (cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 444, nt. 409), che, ma solo *nell’ambito del riferimento a una esistente gerarchia normativa-ermeneutica*, sia preferibile non distinguere l’interpretazione “conforme”, da quella “compatibile”, da quella “orientata” (attestazione opposta in A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme*, in *Id.*, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XII – *Studi dell’anno 2008*, Giappichelli, Torino 2009, p.180); mentre, appunto, torna per me praticabile diversificare l’interpretazione “conforme”, rinviante a una gerarchia normativa-ermeneutica, dall’interpretazione “orientata”, in assenza di tale gerarchia. E sull’interpretazione “conforme” v., tra altri, anche R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea*, Jovene, Napoli 2015, p. 17 ss.; G. SEGES, *L’interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, IV, cit., p. 3353 ss; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino 2017, spec. p. 171 ss.

²⁶⁴ P. RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 193.

“atteggiamenti” possibili, in quanto plausibili, verso un testo normativo. Ogni interpretazione è un percorso di approssimazione al testo normativo per appropriarsi di almeno uno di suoi plausibili significati. Di volta in volta, almeno potenzialmente, ogni processo ermeneutico rivolto all’interpretazione di un testo normativo può essere indirizzato ad arricchire il novero degli esiti di significazione già esistenti, così potenziando la portata e la forza di regolamentazione del testo. La selezione e la scelta, tramite lavoro significativo, di un esito di significazione realizza la relazione di contingenza del testo con la fattispecie. La selezione e la scelta possono determinare l’alternanza tra sedimentazione (persistenza) e innovazione (discontinuità) ermeneutica. A tutto ciò può essere funzionalizzata la comparazione di/tra diritti nazionali (e pure con il diritto dell’Unione europea).

Essa comparazione potenzialmente pluralizza e problematizza gli esiti di significazione del testo normativo, ma nella prospettiva della massima resa (*id est*, fertilità) ermeneutica del medesimo²⁶⁵. La conoscenza e la comprensione del testo normativo divengono più adeguate e complete se mediate da questa comparazione. Con il che, conviene subito io aggiunga, non voglio affatto affermare che esiti plausibili di significazione (e, ancora prima, plausibili «dettagli significanti» su cui costruire i significati²⁶⁶) non possano prescindere da una funzionalizzazione ermeneutica della comparazione di/tra diritti nazionali. Piuttosto, l’esito di significazione ottenuto, nel lavoro significativo, per comparazione di/tra diritti nazionali, comparato con esiti che ne prescindono, può dimostrare una maggiore plausibilità ermeneutica e completezza di significazione.

Anche in questo caso, volendo precisare, affermo che il testo normativo può essere avvicinato da più angolazioni, tutte però contrassegnate da una o più dimensioni ermeneutiche. La prima angolazione inevitabilmente comincia con l’orientare l’esito del processo di appropriazione del significato, ne stabilisce, almeno all’inizio, le condizioni della sua spendibilità fuori della cerchia dell’interpretante. La collocazione in questa prima angolazione può ignorare la ovvero rinunciare alla comparazione di/tra diritti nazionali e/o con diritti dell’Unione europea, senza per questo risultare inidonea a offrire almeno un esito di significazione plausibile e, da qui, immediatamente

²⁶⁵ E, d’altronde, «l’arte dell’interpretazione è ... l’arte di entrare in possesso di tutte le condizioni proprie della comprensione» («die Auslegungskunst ist ... die Kunst, sich in den Besitz aller Bedingungen des Verstehens zu setzen»: F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Die allgemeine Hermeneutik. Geschriebene im Winter 1809-10*, in Id., *Ermeneutica*, cit., pp. 195-196); e «qualunque testo ... richiede uno sforzo di chiarimento da molteplici punti di vista» (H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 319).

²⁶⁶ U. VOLLI, *op. loc. cit.*

usabile. Questo esito, però, al pari di ogni altro, può essere provvisorio perché parziale (e viceversa), recando con sé la possibilità di un supplemento di lavoro ermeneutico (in ciò cogliendosi la cosiddetta apertura ermeneutica o la non finitezza ermeneutica del testo), cui potrà assolvere la comparazione, con effetto, se condotta in modo appropriato, di evidenziare, di provocare nuovi significanti capaci di costruire un rinnovato esito di significazione del testo, idoneo a essere presentato e a presentarsi come più plausibile del precedente ovvero del concorrente. A sua volta, e nondimeno, dettagli significanti ed esiti di significazione tramite comparazione potranno non esaurire il lavoro ermeneutico, per quanto esso si presenti avanzato proprio in forza della comparazione. Tecniche di significazione del testo normativo ed esiti di significazione generati dal loro impiego non costituiscono “insiemi finiti”, ma la loro non finitezza è coglibile anche nella non finitezza del lavoro ermeneutico organizzato con quelle tecniche e rivolto a quegli esiti. L'ulteriore completamento del lavoro ermeneutico svolto per comparazione potrà essere possibile però solo perché anticipato e preparato dalla comparazione e per come da questa reso possibile.

In ogni caso – si è insistito – deve essere pure, quello della comparazione di/tra diritti nazionali e con il diritto dell'Unione europea, cammino sempre più consapevole e convinto della necessità che la medesima comparazione venga organizzata in e con un processo ermeneutico non disinvoltato, non improvvisato e non scarsamente meditato, affrettato nei passaggi di conoscenza e comprensione: giacché, in caso contrario, questa comparazione smarrirebbe la strada. E, nel migliore dei casi, non apporterebbe alcun contributo all'attuazione del progetto ermeneutico in cui si compie l'interpretazione normativa; nel peggiore, lo altererebbe e lo sovvertirebbe.

Si tratta, in altre più specifiche parole, di rifuggire il ricorso a un duplice schema alterato di impiego ermeneutico-interpretativo della comparazione che nulla ha a che fare con l'uso interpretativo da propugnare. In un primo schema, *(i)* dapprima, si lavora a e si elabora un'interpretazione del testo normativo interno disgiunta da ogni referenza comparatistica; *(ii)* successivamente, si pensa (*id est*, ci si convince, per proprie valutazioni, precomprensioni e quant'altro) di avere indentificato in una o più esperienze straniere un pertinente sostegno a tale interpretazione; *(iii)* infine, con processo inferenziale non scrupolosamente vagliato (opposto alle avvertenze e agli scrupoli ascarelliani), si pensa (*id est*, ci si convince, per proprie valutazioni, precomprensioni e quant'altro) che l'esito di significazione cui si è approdati con il precedente lavoro significativo risulti avvalorato, in modo concorrente ovvero addirittura risolutivo, da quanto riscontrato nella esperienza o nelle esperien-

ze straniere. Una variante di questo schema inverte la sequenza del primo e secondo passaggio del primo schema: (i) dapprima, si scova ovvero capita, più o meno casualmente, d'intercettare, in un'esperienza ovvero in più esperienze straniere, "una interpretazione" che si pensa (*id est*, ci si convince, per proprie valutazioni, precomprensioni e quant'altro) sia interessante per il proprio sistema giuridico; (ii) successivamente, senza minuziosamente testarne la compatibilità in questo sistema, la si recepisce e ve la si immette quale tecnica di significazione di un testo normativo, come applicabile o meno a una concreta fattispecie; (iii) infine, anche in questo caso ricorrendo a un processo inferenziale non sorvegliato, si pensa (*id est*, ci si convince, per proprie valutazioni, precomprensioni e quant'altro) che la tecnica di significazione così escogitata appartenga al (nel senso di avere fatto in modo che essa divenisse parte del) proprio sistema giuridico e in esso sia spendibile.

Parimenti infecondo sarebbe indirizzare il cammino verso la comparazione secondo modalità che prevedano di accostarsi in modo indiretto alla conoscenza e alla comprensione del "dato" comparato, e al suo connesso impiego in chiave interpretativa, mediando la propria conoscenza e comprensione da quella altrui. Si errerebbe, prima di tutto da un punto di vista metodologico, se si accettasse che altri abbiano comparato per noi, anche perché è assai probabile che la comparazione ereditata rechi con sé, in chi la raccoglie, le valutazioni proprie, le precomprensioni e quant'altro di colui alla cui comparazione ci si affida. E, al contrario, ogni comparazione di/tra diritti nazionali presuppone e richiede una personale e diretta «operazione di eguagliamento», un personale e diretto «mettersi a livello»²⁶⁷ di chi compara con il "dato" comparato, neutralizzando le valutazioni, le precomprensioni e quant'altro sia provvisto di effetto deviante rispetto al medesimo "dato".

²⁶⁷ L'espressione è di H.-G. GADAMER, *op. ult. cit.*, p. 179 («Operation des Gleichseins») ed è forgiata partendo dall'espressione schleiermacheriana di «mettersi a livello del lettore originario» («Gleichsetzung mit dem ursprünglichen Leser»), quale operazione intesa a «superare una distanza temporale» («wo ein Zeitabstand überwunden werden muß») laddove siffatta distanza si ponga in un processo di comprensione [sebbene Gadamer contesti che «si possa fare una distinzione tra il mettersi a livello del lettore originario e il comprendere vero e proprio» – H.-G. GADAMER, *op. loc. ult. cit.* – mentre pienamente concorda con l'affermazione di Schleiermacher secondo la quale «nessun oggetto di interpretazione può essere compreso tutto in una volta» («weil kein Auszulegendes auf einmal verstanden werden kann»)]. Mi pare che, esistendo comunque una "distanza" (meglio: *più distanze*) tra l'ermeneuta che si avvicina al "dato" comparatistico e quest'ultimo, anche in questo caso il processo di comprensione (in funzione di interpretazione del proprio diritto) dell'esperienza comparatistica imponga, appunto, una "operazione di eguagliamento" (sebbene anche io condivida che questa "operazione" non si distingua dal "processo di comprensione", essendo essi indissolubilmente legati) dell'interpretante al e con il "dato", di "messa al livello" di quest'ultimo.

Altrettanto da rifuggire è l'uso occulto (in senso forte, senza alcun riferimento a esso, ovvero in senso debole, con citazione generica e sfuggente), in funzione ermeneutica, della comparazione di /tra diritti nazionali e con il diritto dell'Unione europea, il nascondimento della rilevanza ermeneutica del "dato" comparatistico per la decisione del caso concreto, probabilmente con l'obiettivo tipico della «retorica del giurista», di cui (sempre) Ascarelli, con sintomatica assonanza con C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, aveva ben presente modalità di estrinsecazione, cause ed effetti: "retorica del giurista" la quale induce a nascondere valutazioni e a presentare così le conclusioni come logicamente inevitabili²⁶⁸, giacché il non citare (soprattutto da parte della giurisprudenza) gli argomenti espressamente o menzionarli genericamente mira ad aumentare la forza dell'interpretazione, dando per scontato ciò che non si dice e quindi evitando di argomentare secondo un certo criterio²⁶⁹. Al contrario, se a questo "dato" comparatistico si ricorre come a una tecnica di significazione del testo normativo (o anche come procedimento di convalidazione), ciò deve essere reso palese e deve essere motivato, anche solo al fine di permetterne la controllabilità nel processo di significazione.

5. Una (provvisoria) chiusura heideggeriana: sulla «imboccatura della strada» verso la comparazione

Così sinteticamente esponendo, è chiaro che «la riflessione, lungi dall'aver lasciata la strada dietro le spalle, si trova ora soltanto all'imboccatura della strada tanto cercata, anzi – più esattamente – sulla sua traccia»²⁷⁰. Percorrere quella strada, re-intraprendere il cammino verso la comparazione di/tra diritti come "condizione esistenziale" dell'interpretazione normativa, come "condizione essenziale" dell'intendere oggettivo di ogni testo normativo: a ciò si deve prefiggere di concorrere la nostra dottrina giuscommercialistica, recuperando eredità (soprattutto quella ascarelliana) in gran parte smarrite.

²⁶⁸ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 147.

²⁶⁹ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 251 ss.

²⁷⁰ M. HEIDEGGER, *Der Weg*, cit., p. 245: «In Wahrheit sieht sich jedoch das Nachdenken erst vor den gesuchten Weg zur Sprache und kaum in seine Spur gebracht».

DIRITTO DEL LAVORO

Lorenzo Gaeta

La comparazione nel diritto del lavoro italiano

SOMMARIO: 1. Il tema – 2. Fine Ottocento: la comparazione per la ricerca di soluzioni nazionali – 3. Primo decennio del Novecento: l'*imprinting* germanico della nuova materia – 4. Anni Venti e Trenta: tra comparazione e "autarchia" – 5. Anni Cinquanta: "imparare il passo dell'oca" – 6. Anni Sessanta: la scoperta dell'America – 7. Fine Novecento: le cento anime della comparazione giuslavoristica – 8. Oggi: una foto sfocata.

1. *Il tema*

In questo scritto mi propongo di verificare l'importanza che ha avuto la comparazione giuridica nel diritto del lavoro italiano. È indispensabile una premessa metodologica: mi soffermerò poco sull'attenzione, in chiave di confronto comparato, prestata dai giuslavoristi in relazione a singoli istituti o a specifiche problematiche di uno o più sistemi giuridici stranieri; privilegerò, invece, la valutazione dell'influenza che ha esercitato sullo sviluppo della nostra materia lo studio, l'assorbimento e la recezione di modelli di diritto straniero da parte dei nostri studiosi. La "misurazione" di questa influenza non è, evidentemente, un'operazione facile; men che meno, un'operazione matematica: servirebbe a poco, infatti, contare il numero di contributi attenti ai sistemi giuridici stranieri apparsi sulle riviste più rappresentative di un determinato periodo, perché l'attenzione nei confronti di un'esperienza di un altro Paese non equivale necessariamente a rielaborarla, a farla propria o a metterla in discussione, cioè a lasciarsene influenzare. Ho ritenuto più opportuno, perciò, individuare alcuni grandi snodi di svolta "teorica" nello sviluppo della disciplina, evidenziando cioè, in prospettiva diacronica, i momenti nei quali i nostri giuslavoristi si sono maggiormente lasciati suggestionare dalla comparazione con sistemi giuridici e con elaborazioni teoriche di altri Paesi, per lo più nella ricerca di soluzioni da importare, vuoi per risolvere problemi contingenti, vuoi sotto l'influsso di una più generale attrattiva "colonizzatrice".

Partirò da un momento nel quale il diritto del lavoro non esisteva ancora come disciplina giuridica autonoma, per arrivare praticamente

ai giorni nostri, quando la materia sta vivendo una fase di profonda trasformazione, che secondo alcuni ne comporterebbe addirittura la progressiva estinzione¹; non senza rilevare quanto, naturalmente, questa indagine risulti maggiormente complessa laddove è riferita agli sviluppi più recenti della materia, per l'intrinseca difficoltà di individuare momenti di svolta cruciale, mancando il distacco temporale necessario per un'operazione del genere.

2. Fine Ottocento: la comparazione per la ricerca di soluzioni nazionali

A fine Ottocento un "diritto del lavoro" non esiste neanche nell'immaginazione degli studiosi più proiettati verso il futuro. Quello che alcuni cominciano a chiamare "diritto sociale" è costituito al più da due o tre provvedimenti settoriali e marginali, mentre da diverse parti si chiede l'intervento del legislatore per porre rimedio a una situazione di sfruttamento insostenibile, quale quella giuridicamente determinata dall'applicazione pedissequa al mondo del lavoro della logica privatistica fondata sul "libero" contratto².

Nell'Italia degli anni Ottanta del XIX secolo, gli operatori giuridici che si occupano dei problemi del lavoro sono in genere molto suggestionabili dal «metodo comparatistico»³. E l'attrazione del più vicino (non certo solo geograficamente) modello francese è innegabilmente molto forte. Ogni persona minimamente acculturata comprende bene il francese, che è lingua universale. Il giurista ancor di più, trovandosi a operare in un sistema normativo sostanzialmente ricopiato da quello napoleonico. Non è raro, perciò, trovare negli scritti giuridici (ovviamente, anche nei pochi in materia di lavoro) ampie citazioni di dottrina francese e – quel che oggi può apparire più strano – citazioni di "arresti" di tribunali francesi⁴, che si trovano a rivestire autorità talvolta anche maggiore dei precedenti italiani.

¹ Un recentissimo riepilogo del percorso storico del diritto del lavoro italiano: L. GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, Torino 2020.

² Per tutti, P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano 2006.

³ C. VANO, *Hypothesen zur Interpretation der "vergleichenden Methoden" im Arbeitsrecht an der Wende zum 20. Jahrhundert*, in R. SCHULZE (a cura di), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin 1990, p. 225 ss.

⁴ Un esempio tra i tanti: *Foro it.*, 1878, II, c. 267.

In sostanza, davvero quasi ogni scritto giuridico che in quegli anni si occupi di lavoro potrebbe definirsi un esercizio di diritto comparato. E questa tecnica riceve un collaudo formidabile in relazione a una vicenda che segnerà con forza l'allora embrionale sviluppo della "legislazione sociale", primo necessario passo per l'edificazione della nuova disciplina giuridica: la tutela contro gli infortuni sul lavoro nell'industria, fenomeno in rapida espansione, che sollecita l'attenzione emotiva dell'opinione pubblica e attiva i giuristi più sensibili verso le sorti di chi lavora alle dipendenze altrui.

Giuridicamente, il problema può essere allora affrontato solo facendo ricorso alla categoria della responsabilità civile "aquiliana"⁵. Ma è come fare un buco nell'acqua, poiché è "diabolico" fornire prova della colpa dell'imprenditore in relazione al verificarsi dell'infortunio. Perciò, alcuni giuristi progressisti studiano e importano in Italia le nuove ricostruzioni elaborate in Francia sulla responsabilità contrattuale, meglio in grado di apprestare tutela all'operaio infortunato sul lavoro. Esse raccolgono da noi un certo favore, anche da parte di qualche giudice: Marc Sauzet e Charles Saintelette (che per la verità è belga)⁶ divengono pane quotidiano per chiunque voglia interpretare il diritto civile con qualche impronta "sociale", addossando all'imprenditore l'onere di provare che l'infortunio è dipeso da caso fortuito, forza maggiore o negligenza dello stesso operaio⁷.

Ma non c'è solo la Francia a interessare i giuristi che si occupano di lavoro a fine Ottocento: la comparazione, sempre a proposito del problema antinfortunistico, è condotta anche nei confronti della Germania. Tra tutti, una voce molto forte è quella di uno storico del diritto, Francesco Schupfer⁸, il quale richiama, appunto, l'esperienza della Germania e della Svizzera, che hanno emanato delle leggi sull'inversione dell'onere della prova⁹, e si spinge

⁵ L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli 1986; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Giuffrè, Milano 1991.

⁶ M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. leg. jur.*, 1883, p. 596 ss.; C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruylant-Christophe, Bruxelles 1884; ID., *Accidents de travail. La jurisprudence qui s'éloigne et la jurisprudence qui s'approche*, Bruylant-Christophe, Bruxelles 1888.

⁷ E. SERGARDI, *La responsabilità civile negli infortuni sul lavoro*, Mariotti, Pisa 1886; P. COGLIOLO, *La responsabilità degli imprenditori negli infortuni del lavoro*, in *Riv. univ. dir. giur.*, 1891, p. 201 ss.; P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, in *Arch. giur.*, 1894, p. 111 ss.; C. CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, in *Scuola pos.*, 1895, p. 345 ss.

⁸ Non a caso definito «germanista» da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 26, che gli attribuisce «una sorta di primogenitura» nell'affrontare in chiave nuova il problema infortunistico.

⁹ In Germania il *Reichshaftpflichtgesetz* del 7 giugno 1871, in Svizzera le leggi federali sulle

a giustificare una soluzione del genere già alla luce del diritto vigente¹⁰.

A quello francese comincia, quindi, ad affiancarsi il modello culturale tedesco¹¹. Esso coinvolge stavolta fasce più “alte” di giuristi, che vanno alla scoperta – vissuta comunque come importazione – della dottrina di quella vasta area geografica¹². E, riguardo alla vicenda della tutela contro gli infortuni sul lavoro, ciò consente di fare diversi passi in avanti. Ad esempio, mettere in luce come sia mistificante, anche sotto il profilo tecnico, definire fortuito un infortunio avvenuto nel corso dell’attività lavorativa, mancando ogni imprevedibilità o inspiegabilità, pur considerate in relazione alla soggettività dell’agente¹³: Nicola Coviello adatta in Italia le teorie tedesche che in quegli anni inquadrano in modo nuovo i rapporti tra evento dannoso e cause che lo producono, ritenendo responsabile anche per il caso fortuito il datore di lavoro, per il semplice fatto che questi opera a proprio rischio¹⁴; o che comunque ritengono sussistenti ragioni di giustizia tali da consigliare in certe situazioni una distribuzione più equa dei danni cagionati dal caso¹⁵.

Si fa strada, perciò, la teoria del «rischio professionale»; e le idee maturate in Germania risultano decisive (insieme a quelle sulla responsabilità oggettiva nel caso di infortuni¹⁶, importate dalla Francia, pur con qualche timidezza¹⁷). L’imprenditore, così come dall’industria ritrae degli utili, deve al tempo stesso sopportarne tutte le conseguenze, tra le quali, al pari di ogni altra conseguenza di tipo economico, rientra la possibilità che un dipendente si infortuni¹⁸. Alla colpa del padrone viene sostituita la relazione di causa a effetto tra infortunio ed esercizio del lavoro: dalla responsabilità per colpa

industrie del 23 marzo 1877 e del 25 giugno 1881.

¹⁰ F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro*, Botta, Roma 1883.

¹¹ Sulla sua diffusione tra gli studiosi italiani di fine Ottocento, V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, Klett, Stuttgart 1971.

¹² Sui rapporti tra la giuslavoristica italiana e la Germania, L. GAETA, *La subordinazione del diritto del lavoro italiano nei confronti della Germania*, in *Lav. dir.*, 2016, pp. 695 ss.

¹³ N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all’estinzione delle obbligazioni*, Carabba, Lanciano 1895, p. 5 ss.

¹⁴ J. UNGER, *Handeln auf eigene und Handeln auf fremde Gefahr*, Fischer, Jena 1883.

¹⁵ J. BARON, *Zur Fortbildung des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871*, in *Schriften Ver. Sozialpolitik*, 1880, p. 123 ss.

¹⁶ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Rousseau, Paris 1897.

¹⁷ L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, p. 179 ss.; N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, *ivi*, p. 188 ss.

¹⁸ G. FUSINATO, *Gli infortunii sul lavoro e il diritto civile*, Loescher, Roma 1887, p. 54 ss.; C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, Botta, Roma 1897, p. 43 ss.

si passa alla responsabilità per rischio¹⁹. Gli autori italiani – in primo luogo Guido Fusinato – si dimostrano largamente tributari della dottrina tedesca che ha da tempo avanzato una teoria simile²⁰, al punto quasi di ricopiarla, aggiungendovi poco di originale²¹.

Qui, però, il dibattito si arresta e si chiede l'intervento del legislatore. Manca il coraggio di andare oltre, quello che ha invece uno studioso "eretico" come Giacomo Venezian, il quale, forse perché fa comparazione con modelli di *common law* allora del tutto estranei alla nostra tradizione²², propone una rivoluzionaria ricostruzione «capovolta»²³ della responsabilità²⁴, destinata inesorabilmente all'oblio. Per il rischio professionale è pronta una rapida metamorfosi, svincolata dalle pericolose categorie privatistiche della responsabilità incolpevole²⁵. E anche qui si vede nella Germania un modello²⁶.

Per tutto l'ultimo decennio dell'Ottocento, il dibattito italiano sull'introduzione dell'assicurazione obbligatoria è vivacissimo²⁷. La responsabilità senza colpa potenzialmente ricostruibile (ma di fatto quasi mai ricostruita dai giudici) sulle orme del codice civile fa evidentemente paura, se uno schieramento estremamente eterogeneo, che va dagli imprenditori ultraconservatori fino ai propositori stessi delle più avanzate teorie sulla responsabilità, paventa che prenda piede una incontrollabile conflittualità sociale e che l'industria ne abbia a soffrire fino ad esserne strangolata, indicando come soluzione l'esempio della Germania²⁸, che nel 1884 ha approvato una legge sull'assicurazione obbligatoria. Per questo motivo, il ministro di agricoltura, industria e commercio proprio quell'anno

¹⁹ A. AGNELLI, *Infortunii degli operai sul lavoro*, in *Enc. giur. it.*, VIII, 1, Sel, Milano 1902, p. 1011.

²⁰ K. BRAUN, *Über Haftbarkeit bei Unfällen*, in *Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft, Politik und Kulturgeschichte*, 1869, p. 229 ss.

²¹ È l'accusa di G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quad. fiorentini*, 1988, p. 194, nota 98.

²² G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., p. 269 ss.

²³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 48.

²⁴ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1886), in Id., *Opere giuridiche*, I, Athenaeum, Roma 1919, p. 2 ss.

²⁵ V. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice: l'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 45 ss.

²⁶ L. GAETA, *Der deutsche Einfluß auf die Entwicklung des italienischen Wohlfahrtssystems*, in A. MAZZACANE, R. SCHULZE (a cura di), *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung"*, Duncker & Humblot, Berlin 1995, p. 215 ss.

²⁷ L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano 1990, p. 96 ss.

²⁸ C.F. FERRARIS, *L'assicurazione degli operai in Germania*, in *Nuova antologia*, 1889, p. 736 ss.

invia in Germania un suo funzionario, perché relazioni sullo stato della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina del Paese che si reputa avanti a tutti in campo antinfortunistico. Ne viene fuori un volume di più di quattrocento pagine²⁹.

Gli estimatori di Bismarck hanno vita facile, e l'Italia ha la sua legge nel 1898: essa obbliga l'imprenditore ad assicurarsi contro il rischio di infortuni sul lavoro dei dipendenti (un investimento minimo, peraltro scaricato sui loro salari, a fronte di una garanzia pressoché assoluta di impunità). Raramente un nostro provvedimento risulta così tributario di una normativa straniera.

Quindi, l'esordio di una disciplina ancora da creare dimostra come siano forti le importazioni di modelli francesi e tedeschi; nel secondo caso, anzi, decisivi, in un'Europa dove idee, uomini e merci circolano ormai senza troppe frontiere.

3. *Primo decennio del Novecento: l'imprinting germanico della nuova materia*

All'inizio del nuovo secolo, il diritto del lavoro (che ancora nessuno chiama in questo modo) inizia la fase della sua concettualizzazione. Lo fa con due importanti studi, il più massiccio relativo al rapporto individuale, l'altro relativo al contratto collettivo, in pratica l'unica parte "emersa" del futuro diritto sindacale, essendo lo sciopero – e la stessa libertà sindacale – materia oggetto per lo più dell'attenzione dei penalisti. In entrambi i casi, la comparazione con la Germania è assolutamente determinante.

Proprio nel primo anno del nuovo secolo, mentre Giuseppe Pellizza da Volpedo dipinge *Il quarto Stato*, destinato a diventare icona indiscussa del lavoro operaio e contadino, Lodovico Barassi pubblica un libro di quasi mille pagine sul contratto di lavoro³⁰. La monografia è fortemente debitrice della dottrina di lingua tedesca³¹. Addirittura, sono citati più autori tedeschi che italiani, in un volume che riporta in modo esaustivo il dibattito su tanti temi centrali e collaterali rispetto a quello del contratto di lavoro, così come si vengono sviluppando nel mondo germanico, del quale il giovane autore ha ben assimilato la cultura giuridica. Sono citati in primo luogo i romanisti

²⁹ U. MAZZOLA, *L'assicurazione degli operai nella scienza e nella legislazione germanica*, Botta, Roma 1885.

³⁰ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Sel, Milano 1901.

³¹ L. GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in *Gior. dir. lav.*, 2001, p. 165 ss.

(Barassi ha studiato a Berlino alla scuola di Alfred Pernice), ma soprattutto i pandettisti, numerosi in un Paese fino a tutto l'Ottocento ancora formalmente governato dal «sistema del diritto romano attuale». Bernhard Windscheid, in assoluto l'autore più citato nel libro, e Heinrich Dernburg, uno dei punti di riferimento berlinesi di Barassi, esercitano un'influenza assolutamente decisiva nei confronti dell'opera, inseribile a pieno titolo nel filone della "pandettizzazione" della scienza giuridica italiana, che coinvolge a cavallo tra i due secoli i nostri giuristi impegnati nella stabilizzazione delle nuove realtà³². I *Kathedersozialisten*, infine, vengono per lo più liquidati in breve e relegati al rango di sociologi che rischiano di contaminare la purezza della ricostruzione civilistica complessiva che si vuole proporre.

Ancora più marcata è la germanizzazione di questa autentica «Torah giuslavoristica»³³ nella sua seconda edizione³⁴, dove Barassi fa i conti (citandolo più di trecento volte) con l'imponente libro di Philipp Lotmar sul contratto di lavoro secondo il diritto privato tedesco³⁵: quasi duemila densissime pagine, che da noi gettano davvero una pietra nello stagno³⁶, anche perché, all'interno di una classica architettura civilistica³⁷ (fedele al progetto pandettistico di comprensione completa della realtà fattuale con gli strumenti classici), emerge – diversamente che in Barassi – un'estrema attenzione alla realtà sociale ed economica del tempo.

Nel frattempo, Francesco Carnelutti ha proposto una diversa teoria del rapporto di lavoro, ricostruito non sul modello della locazione ma su quello della compravendita (delle energie lavorative)³⁸. Anche il suo denso studio, destinato a soccombere alla linea barassiana, costituisce un confronto continuo con Lotmar e con la dottrina tedesca.

Sul piano sindacale, evidentemente, ci si muove con più circospezione.

³² G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando, il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 925 ss.

³³ L'ironica definizione è di G. GIUGNI, *La dottrina giuslavoristica nel 1988*, in *Giorn. dir. lav.*, 1990, p. 193.

³⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Sel, Milano 1915 (la II ed. è del 1917).

³⁵ PH. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Duncker & Humblot, Leipzig 1902 (la II ed. è del 1908).

³⁶ M. PEDRAZZOLI, *Philipp Lotmar e il diritto del lavoro italiano*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Philipp Lotmar: letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, Klostermann, Frankfurt M. 2014, p. 145 ss.

³⁷ Per tutti, M. BECKER, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland. Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs*, Klostermann, Frankfurt M. 1995, p. 250 ss.

³⁸ F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 354 ss.

Il sindacato è libero «così come è libero un fuorilegge», scrive Lotmar in un fondamentale saggio sul contratto collettivo³⁹, che ha grande ripercussione in Italia. Lo studioso tedesco propone un originale tentativo di considerare la realtà socio-economica all'interno di una robusta costruzione giuridica privatistica, risolvendo temi scottanti come quelli dell'efficacia soggettiva del «contratto di tariffa» e della sua inderogabilità sulla base degli schemi civilistici, reinterpretabili al fine di assicurare al contratto stipulato dai sindacati dei lavoratori e dai datori di lavoro la capacità di fissare regole direttamente efficaci per i lavoratori iscritti e in grado di resistere ad atti dispositivi che questi ultimi (evidentemente a causa della loro debolezza contrattuale) dovessero porre in essere. Anche in questo caso, si tratta di una vera e propria scossa per il mondo del diritto del lavoro, anche italiano, non abituato a trattare materiali così poco «nobili», non ritenuti all'altezza di una materia giuridica che vorrebbe vantare ascendenze romanistiche.

Subito dopo, un civilista raffinato e tecnico, ma poco tradizionalista, come Giuseppe Messina rivisita la lezione di Lotmar e la declina all'italiana⁴⁰, segnando l'inizio del nostro diritto sindacale, che faticosamente acquisisce cittadinanza all'interno dell'embrionale diritto del lavoro dell'epoca⁴¹. Il «coraggioso»⁴² scritto di Messina è un lavoro profondo ed elegante⁴³, dogmatico, ma pieno di riferimenti alla realtà fattuale. Uno scritto in cui la comparazione con la Germania la fa da padrona: infatti, tra decine di citazioni di studiosi tedeschi, esso si pone in continuo confronto con la costruzione di Lotmar, accogliendone alcune idee di fondo ma dissentendo anche profondamente su alcuni punti nodali, soprattutto in tema di inderogabilità; per Messina, il contratto collettivo ha un'efficacia meramente obbligatoria nei confronti del contratto individuale, per cui le

³⁹ PH. LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Archiv soz. Gesetzgebung und Statistik*, 1900, p. 1 ss. (traduzione italiana parziale: *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in *Giorn. dir. lav.*, 1984, p. 313 ss.).

⁴⁰ G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 458 ss.; su cui U. ROMAGNOLI, *I "concordati" di Giuseppe Messina: nota introduttiva*, in *Giorn. dir. lav.*, 1986, p. 107 ss.

⁴¹ G. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Giorn. dir. lav.*, 1979, p. 537 ss.; C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Liguori, Napoli 1986, p. 127 ss.; P. MARCHETTI, *Lessere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Giuffrè, Milano 2006.

⁴² Così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 98.

⁴³ L. MENGONI, *Il contributo di Giuseppe Messina allo sviluppo del contratto collettivo nel diritto italiano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, II, Giuffrè, Milano 1978, p. 443.

coppie di singoli contraenti possono validamente stipulare pattuizioni anche peggiorative del contratto collettivo, ricevendo al più una semplice sanzione risarcitoria per il suo inadempimento.

Anche la prima vera monografia italiana sul contratto collettivo, quella di Alberto Galizia⁴⁴, è ampiamente tributaria della dottrina di Lotmar. Egli critica aspramente l'individualismo della gran parte della dottrina francese, che riduce il contratto collettivo a una mera sommatoria di contratti individuali⁴⁵ (ad essa rivolge invece la sua attenzione comparatistica il romanista Alfredo Ascoli⁴⁶) e rivisita la ricostruzione dello studioso tedesco, superando qualche difficoltà insita nelle teorie di Messina, anzi proponendo idee sulla necessaria dimensione collettiva della relazione di lavoro e sull'elemento associativo come base del contratto collettivo, che poi – anche se indipendentemente – saranno meglio articolate proprio in Germania da Hugo Sinzheimer.

Infatti, Lotmar, dopo l'iniziale successo, viene progressivamente dimenticato, anche nel suo Paese d'origine. È, appunto, il suo allievo Hugo Sinzheimer a imporsi come nuovo punto di riferimento della cultura giuslavoristica tedesca. La sua originale prospettiva⁴⁷ è destinata a lasciare una scia molto marcata nella storia della materia⁴⁸, aperta ora decisamente in direzione del diritto sociale e del diritto pubblico⁴⁹ e edificata non più su vecchi modelli civilistici presupponenti un'inesistente eguaglianza formale, quanto piuttosto sull'autonomia dei gruppi sociali, produttiva di una propria normativa.

4. Anni Venti e Trenta: tra comparazione e "autarchia"

Gli anni del fascismo vedono una riaffermazione della matrice tedesca

⁴⁴ A. GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Piero, Napoli 1908.

⁴⁵ In particolare, B. RAYNAUD, *Le contrat collectif de travail*, Rousseau, Paris 1901.

⁴⁶ A. ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro (a proposito di recenti Sentenze)*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 99 ss.

⁴⁷ H. SINZHEIMER, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin 1907-1908; ID., *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1916.

⁴⁸ L. NOGLER, *La scienza giuslavoristica italiana tra il 1901 e il 1960 e Hugo Sinzheimer*, in *Giorn. dir. lav.*, 2001, p. 549 ss.

⁴⁹ G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quad. fiorentini*, 1999, p. 543 ss.

del diritto del lavoro. La circostanza, che diventa quasi ovvia dopo l'ascesa in Germania di un regime politico affine al nostro, è però verificabile anche prima di allora, da parte di alcuni giuristi più avvertiti, che si confrontano criticamente con le tesi dei giuslavoristi della repubblica di Weimar, autentica fucina di novità e sperimentazioni. Un esempio importante è offerto dal commercialista Lorenzo Mossa, che in una prolusione del 1922⁵⁰, ritenuta uno dei più interessanti manifesti programmatici della giuslavoristica italiana⁵¹, poi sviluppata in alcuni importanti studi⁵², propone una visione moderna del diritto del lavoro, non più considerato individualisticamente e privatisticamente, ma coordinato, inserito nell'impresa, intesa come comunità sociale che esprime interessi preminenti rispetto alle parti; un diritto incontenibile nelle regole comuni civilistiche, ma «libero», nella realtà pulsante delle relazioni sociali.

La ricostruzione di Mossa, imbevuta delle idee della *Freirechtsschule*, è frutto, appunto, del «suo appassionato e innamorato nutrirsi di letture tedesche»⁵³: il confronto con Sinzheimer e con tanti altri giuslavoristi weimariani è continuo, sui temi dell'autodeterminazione sociale, della conciliazione del dato giuridico con quello sociale e del superamento della dicotomia pubblico-privato nella vera autonomizzazione del diritto del lavoro, inteso come diritto della persona; tutti spunti che col fascismo vengono, però, subito rimossi⁵⁴.

Durante il Ventennio, il tema dove maggiormente può riscontrarsi l'ansia comparatistica dei lavoristi italiani è quello delle teorie sulla natura del rapporto di lavoro. La tesi contrattualistica è sicuramente dominante, suffragata sia dal codice civile del 1865 (ispirato alla sistematica francese e lontano dal modello del vincolo lavorativo legato alla comunità e alla reciproca fedeltà, di matrice germanico-feudale⁵⁵) che dalla legge del 1924 sull'impiego privato. Ci si muove, d'altronde, nel solco tracciato con sicurezza dalla dottrina liberale di inizio secolo⁵⁶: non a caso, Barassi,

⁵⁰ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, Libreria italiana e straniera, Sassari 1923.

⁵¹ G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro*, cit., p. 550 ss.; ma già M. CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 230 ss.

⁵² Raccolti in L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Sansoni, Firenze 1935.

⁵³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 148; sui riferimenti culturali tedeschi di Mossa, Id., *Itinerari dell'impresa*, in *Quad. fiorentini*, 1999, p. 1005 ss.

⁵⁴ G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro*, cit., p. 543.

⁵⁵ S. MAGRINI, *Voce Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano 1973, p. 369 s.

⁵⁶ Per tutti, W. CESARINI SFORZA, *Corso di diritto corporativo*, Cedam, Padova 1932, p. 164 ss.

massimo suo rappresentante, continua tranquillamente a riproporre le sue costruzioni individualistico-contrattualiste⁵⁷.

Ma, anche per motivi più schiettamente ideologici, l'influsso di un'altra corrente non tarda a farsi sentire. Il dibattito è singolarmente simile a quello che contemporaneamente si svolge in Germania: si confrontano, infatti, da un lato, le teorie fedeli ai postulati contrattualistici, fondate sul connotato formale della disponibilità del lavoratore; dall'altro, le teorie organicistiche, che, in armonia con le nuove logiche collaborative, enfatizzano il ruolo dell'impresa come istituzione all'interno della quale collaborano capitale e lavoro, e che, svalutando l'elemento contrattualistico, elevano a fonte del rapporto l'inserzione del lavoratore nell'organizzazione gerarchica creata e diretta dal datore di lavoro⁵⁸. Una *summa* di questo pensiero è nel libro di Paolo Greco sul contratto di lavoro⁵⁹, probabilmente la monografia lavoristica più importante del periodo⁶⁰, zeppa di confronti con la Germania.

La lettura organicistico-istituzionalistica del rapporto di lavoro, dove l'inserimento nell'impresa-istituzione ripete la *Eingliederung* germanica, risulta ampiamente tributaria delle ricostruzioni tedesche, dapprima nella loro declinazione "corporativa" gierkiana, poi nella innovativa versione autonomistica e "sociale" weimariana, infine nella lettura consona ai dettami nazionalsocialisti del *Führerprinzip* e della statalizzazione del diritto del lavoro. Le più importanti monografie sul tema – esempio migliore gli studi di Mario Casanova⁶¹ – sono intessute di riferimenti ai manuali di Hueck e Nipperdey, di Molitor, di Nikisch⁶², ma anche, per il momento, ad autori weimariani⁶³.

Dopo l'avvento del nazismo in Germania, c'è da rilevare come i nostri migliori studiosi evitino di tessere l'apologia del nuovo sistema giuslavoristico che vi si va imponendo. È sicuramente grande l'interesse nei confronti della legge tedesca del 1934 sull'«organizzazione del lavoro

⁵⁷ L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Arch. stud. corp.*, 1930, p. 47 ss.; ID., *Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità*, in *Dir. lav.*, 1939, I, p. 69 ss.

⁵⁸ Per un riepilogo, L.A. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *Dir. lav.*, 1940, I, p. 125 ss.

⁵⁹ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino 1939.

⁶⁰ E. GHERA, *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in *Giorn. dir. lav.*, 2001, p. 155.

⁶¹ M. CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Nistri-Lischi, Pisa 1929.

⁶² E. MOLITOR, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Deichert, Leipzig 1925; A. NIKISCH, *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag*, Hobbing, Berlin 1926; A. HUECK, H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bensheimer, Berlin-Mannheim-Leipzig 1927.

⁶³ Tra i più citati, H. POTTHOFF, *Arbeitsrecht. Das Ringen um werdendes Recht*, Mauritius, Berlin 1928; W. KASKEL, *Arbeitsrecht*, Springer, Berlin 1928.

nazionale» e del complessivo sistema che ne deriva⁶⁴: nella rivista destinata a fare da manifesto al giuslavorismo fascista, «Il diritto del lavoro» di Giuseppe Bottai⁶⁵ (il cui direttore, Luigi Adolfo Miglioranza, è attentissimo alla comparazione⁶⁶), la sua illustrazione è affidata direttamente a Hans Frank, ministro della giustizia del Reich e presidente dell'Accademia dei giuristi tedeschi⁶⁷. Ma quando l'analisi la fanno gli italiani, essa presenta non pochi accenti critici, incentrati per lo più sul sistema organicistico prefigurato dalla soluzione tedesca, ritenuto diverso da quello corporativo “puro”⁶⁸, orgogliosamente rivendicato come creazione originale del fascismo⁶⁹.

E naturalmente, il giuslavorismo fascista si dimostra particolarmente attento alla comparazione con quei sistemi che, a partire dagli anni Trenta, si lasciano influenzare dall'esperienza corporativa italiana⁷⁰ (il quale, almeno per i primi tempi, è guardato con interesse anche nei Paesi democratici⁷¹). Perciò, studiosi di vaglia si spingono a esaminare, spesso con benevolenza da maestri, le nuove realtà della Spagna franchista⁷² (il cui *Fuero del trabajo* del 1938 è ricopiato dalla Carta del lavoro fascista), del Portogallo di Salazar⁷³, addirittura della Francia di Pétain⁷⁴.

⁶⁴ L. NOGLER, *L'idea nazionalsocialista di un "nuovo ordine europeo" e la dottrina corporativa italiana*, in *Giorn. dir. lav.*, 2001, p. 337 ss.

⁶⁵ E. ALES, L. GAETA, “*Il Diritto del Lavoro*” rivista del “fascismo-corporativismo”. *Un programma di ricerca*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, Edizioni Il diritto del lavoro, Roma 2003, p. 21 ss.

⁶⁶ Possono ricordarsi, ad esempio, i suoi saggi di diritto sindacale comparato: L.A. MIGLIORANZI, *Il sistema sindacale britannico (I. Le Trade Unions)*, in *Dir. lav.*, 1930, I, p. 15 ss.; ID., *Il sistema sindacale britannico (II. Contratti collettivi e vertenze di lavoro)*, *ivi*, 1930, I, p. 139 ss.; ID., *Il sindacalismo negli Stati Uniti d'America*, *ivi*, 1931, I, p. 44 ss.; ID., *Aspetti e tendenze del sindacalismo all'estero*, *ivi*, 1933, I, p. 93 ss.

⁶⁷ H. FRANK, *Il nuovo indirizzo del diritto germanico*, in *Dir. lav.*, 1936, I, p. 69 ss.; Frank, spietato governatore della Polonia occupata durante la guerra, sarà poi giustiziato a Norimberga.

⁶⁸ L.A. MIGLIORANZI, *La nuova legge tedesca sui rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1934, I, p. 73 ss.; G. D'EUFEMIA, *Il dirigente d'azienda e il suo seguito secondo la nuova legge germanica del lavoro*, *ivi*, p. 494 ss.

⁶⁹ Sul tema, per tutti, I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007.

⁷⁰ L. BELLARDI (a cura di), *Dallo Stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparative*, F. Angeli, Milano 1985.

⁷¹ G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Carocci, Roma 2006.

⁷² L. RIVA SANSEVERINO, *La disciplina del lavoro nell'ordinamento nazionalsindacale spagnolo*, in *Dir. lav.*, 1941, I, p. 281 ss.

⁷³ G. BOTTAI, *Il corporativismo in Italia e in Portogallo*, in *Dir. lav.*, 1940, I, p. 69 ss.

⁷⁴ L.A. MIGLIORANZI, *Il movimento corporativo e la Carta del lavoro in Francia*, in *Dir. lav.*, 1942, I, p. 71 ss.

5. Anni Cinquanta: “imparare il passo dell’oca”

Il diritto del lavoro della nuova Italia repubblicana ridiventa presto il regno dei privatisti, grazie principalmente all’opera di Francesco Santoro Passarelli, che, rifondando la materia, le imprime un marchio duraturo⁷⁵. Il tema teorico degli anni Cinquanta, gravido comunque di tante ricadute pratiche e finanche accademiche, è (ancora) quello della natura del rapporto di lavoro.

Si assiste, innanzitutto, a una forte ripresa delle teorie istituzionistiche⁷⁶, il cui debito nei confronti della dottrina tedesca è esplicito. In un primo tempo, tali ricostruzioni, ancora imperniate sull’inserzione del rapporto di lavoro nell’*Unternehmen an sich*, vengono prospettate da studiosi formatisi all’interno dell’accademia corporativa⁷⁷. Subito dopo, però, esse vengono riprese “da sinistra”, nell’ambito di quel gruppo coagulato ideologicamente intorno alla socialcomunista «Rivista giuridica del lavoro», che, nel valorizzare la Costituzione democratica, leggono l’impresa-istituzione come una formazione sociale *ex art.* 278. Il richiamo alla dottrina e alla prassi tedesca è poi letterale in chi – sempre all’interno di quel gruppo – inizia a ricostruire il rapporto di lavoro come rapporto associativo, superando le logiche scambistiche del contratto di diritto comune⁷⁹. Acontrattualismo istituzionista che sarà presto riproposto nella originale ricostruzione di Renato Scognamiglio⁸⁰, civilista di formazione, che si esercita anch’egli a fondo con la dogmatica tedesca⁸¹. Ma non solo la sinistra vicina alla Cgil rispolvera le teorie organicistiche; anche ampie fasce della dottrina di ambiente Cisl iniziano a parlare di «comunità d’impresa» e quindi di una visione associativa del rapporto di lavoro, sia perché ricostruzioni

⁷⁵ U. ROMAGNOLI, G. GIUGNI, M. DELL’OLIO, M. PERSIANI, *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 1 ss.

⁷⁶ Per una ricostruzione completa, P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, in ID. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano 2008, p. 28 ss.

⁷⁷ In questo senso, R. BALZARINI, W. CESARINI SFORZA, L.A. MIGLIORANZI, in AA.VV., *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955.

⁷⁸ Per tutti, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955.

⁷⁹ C. GRASSETTI, A. BECCA, in AA.VV., *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, cit.

⁸⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari 1963, p. 105 ss.; una *summa* in ID., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 379 ss.

⁸¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Intervista*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, cit., p. 520.

comunitarie del genere sono sempre appartenute al patrimonio ideologico cattolico sia – com'è stato notato – sotto la spinta di un papa notoriamente influenzato dalla cultura tedesca come Pio XII⁸².

Dall'altro lato, però, si forma una cospicua corrente contrattualista, la cui bussola è un saggio fondamentale di Luigi Mengoni sulle obbligazioni di mezzi e di risultato⁸³, che costituisce un continuo confronto col mondo giuridico tedesco. Anche qui, rispetto alla lettura filo-imprenditoriale, volta a enfatizzare il ruolo dell'autonomia negoziale e della libertà contrattuale, prende presto il sopravvento una corrente "di sinistra"⁸⁴, che mette in guardia dai pericoli di una ricostruzione sostanzialmente finalizzata a mascherare in nome di un preteso interesse superiore dell'impresa-istituzione l'attribuzione diretta di poteri all'imprenditore, e afferma perciò tesi contrattualistiche con «una forte opzione antifascista e liberale»⁸⁵.

In questa variegata azione di ricognizione dei confini e dei contenuti di una materia in ricostruzione (come il resto del Paese), in tanti saggi di robusto spessore teorico e dalle serrate argomentazioni metodologiche, è sempre costantemente presente la comparazione con la dottrina tedesca, che ogni lavorista degno di questo nome non può ignorare, magari citando interi passi in lingua originale, con l'assoluta certezza di essere compreso: è ancora l'epoca in cui il soggiorno in Germania fa parte della formazione del giurista, quindi anche di chi studia il diritto del lavoro, che viene considerato maturo solo dopo aver imparato «il passo dell'oca»⁸⁶. I punti di riferimento continuano ad essere esattamente gli stessi degli anni Trenta, in primo luogo la triade Hueck-Nipperdey-Nikisch, completamente riciclati nel nuovo Stato democratico, dove continuano a sfornare riedizioni dei loro

⁸² P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano*, cit., p. 32 ss.

⁸³ L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss., 280 ss., 366 ss. La ricostruzione contrattualista è poi riproposta in ID., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT et al. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.e.c.a.*, Servizi pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo 1965, p. 407 ss.

⁸⁴ P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano*, cit., p. 35 ss.

⁸⁵ F. MANCINI, *Intervista*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 484, che parla del suo *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano 1957.

⁸⁶ Così si esprimeva Tito Carnacini nei confronti dei propri allievi: F. MANCINI, *Intervista*, cit., p. 480. Il passo dell'oca è il possesso del metodo dogmatico, ma la metafora è con tutta evidenza legata al mondo germanico.

inossidabili manuali⁸⁷. Il monopolistico «cartello del diritto del lavoro»⁸⁸ da essi costituito spadroneggia in una Germania federale che passa la spugna sull'ingombrante fardello nazista e rimuove del tutto Weimar, diventata ormai «un'Atlantide, un intero mondo scomparso»⁸⁹.

6. Anni Sessanta: la scoperta dell'America

Negli anni Sessanta, quando tutto cambia nel mondo, e quindi anche nel diritto del lavoro, Gino Giugni e Federico Mancini danno una scossa al modo tradizionale di intendere la materia. I due si conoscono sulla nave che nel 1951 li porta negli Stati Uniti⁹⁰, da cui ritornano con un bagaglio culturale che, trasfuso nei loro scritti, imprime alla materia una brusca svolta dal dogmatismo del dopoguerra al pragmatismo di una lettura attenta non più ai soli dati tecnico-normativi (alla fine, quindi, piuttosto indifferente a suggestioni straniere), ma anche a quelli socio-economici e alle relazioni industriali.

Mancini (che pubblica subito un paio di saggi comparatistici legati al soggiorno americano⁹¹) dapprima impara il passo dell'oca, scrivendo – e con lui a Bologna i più giovani Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli – opere «in gran parte parlate o pensate in tedesco»⁹². Poi imposta in modo nuovo i rapporti tra diritto privato e diritto del lavoro, coniugando originalmente l'esame rigoroso delle categorie civilistiche con la politica del

⁸⁷ A. NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, Mohr, Tübingen 1955; A. HUECK, H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Vahlen, Berlin-Frankfurt M. 1957.

⁸⁸ R. WAHSNER, *Das Arbeitsrechtskartell. Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945*, in *Krit. Justiz*, 1974, p. 369 ss.

⁸⁹ O. KAHN-FREUND, *The Study of Labour Law. Some Recollections*, in *Ind. Law Jour.*, 1979, p. 197.

⁹⁰ G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, a cura di A. RICCIARDI, Il Mulino, Bologna 2007, p. 44 ss.

⁹¹ F. MANCINI, *Rapporto di lavoro e responsabilità del committente nella common law*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, I, p. 404 ss.; ID., *La "consideration" nel diritto nordamericano dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, p. 1039 ss.

⁹² G. GIUGNI, *Intervista*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 448, che si riferisce a MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit.; F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano 1962 (la II ed. è del 1966); G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1963; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano 1967.

diritto e la valorizzazione del contesto costituzionale⁹³. Con lui, l'opzione contrattualistica e antiorganicistica del rapporto di lavoro (esplicitamente riaffermata in una corposa recensione al manuale di Nikisch⁹⁴) si impone definitivamente, grazie anche alle interessanti puntualizzazioni offerte dalle analisi comparatistiche di Luciano Spagnuolo Vigorita⁹⁵. In tal modo, le ricostruzioni centrate ancora sulla comunità di lavoro e sulla natura associativa del rapporto, anch'esse proposte in densi saggi ricchi di riferimenti tedeschi⁹⁶, vengono definitivamente accantonate.

Giugni, dal canto suo, libera il diritto sindacale da schemi altrettanto vecchi e rigidi, ricostruendolo su fondamenta completamente nuove. La sua teoria dell'ordinamento intersindacale⁹⁷ è imperniata sul riconoscimento dell'esistenza di un ordinamento originario, autoproduttivo di regole pragmatiche che governano i rapporti di lavoro, talvolta confliggenti con quelle dell'ordinamento statale – con cui convive e dal quale non ha bisogno di legittimazioni –, ma dotate di efficacia tanto più vincolante quanto maggiore è l'autolegittimazione degli attori e la loro forza all'interno del sistema di relazioni industriali. La ricostruzione (che trova terreno fertile in quegli anni di progressiva affermazione di un diritto sindacale “di fatto”) si fonda su due ben evidenti pilastri culturali⁹⁸: da un lato, l'esperienza pluralista anglosassone delle *industrial relations*, frutto diretto degli studi alla “scuola del Wisconsin”, dove è ancora vivo il magistero di John Commons e dove insegna Selig Perlman, di cui Giugni traduce la più importante monografia con una ricca introduzione⁹⁹; dall'altro, la rielaborazione originale delle teorie di Sinzheimer e dei giuslavoristi weimariani¹⁰⁰, i quali, quasi tutti

⁹³ Per tutti, i saggi raccolti in F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna 1976.

⁹⁴ F. MANCINI, *Leggendo l'“Arbeitsrecht” di Arthur Nikisch*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 313 ss.

⁹⁵ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro. Consiglio aziendale - Licenziamento - Collaborazione*, Giuffrè, Milano 1961; ID., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli 1967.

⁹⁶ Rispettivamente, C. LEGA, *La comunità di lavoro nell'impresa*, Giuffrè, Milano 1963; A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano 1969.

⁹⁷ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960.

⁹⁸ G. GIUGNI, *Introduzione*, in ID., *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna 1989, p. 9 ss.

⁹⁹ S. PERLMAN, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La Nuova Italia, Firenze 1956 (Giugni traduce la riedizione dell'opera: S. PERLMAN, *A Theory of the Labor Movement*, Kelley, New York 1949).

¹⁰⁰ U. ROMAGNOLI, *Gino Giugni, l'ultimo giurista weimariano*, in *Quad. fiorentini*, 2010, p. 901 ss.

di origine ebraica¹⁰¹, sono emigrati dalla Germania prevalentemente in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, Paesi fino a quel momento scarsamente considerati dai giuslavoristi italiani¹⁰².

È in particolare il sodalizio con Otto Kahn-Freund, allievo di Sinzheimer e “rifondatore” della comparazione applicata al diritto del lavoro¹⁰³, a inserire Giugni in un circuito di studiosi che dà poi vita al *Comparative Labour Law Group*, la cui attività costituisce da allora in avanti un punto di riferimento imprescindibile per i giuslavoristi comparatisti.

7. Fine Novecento: le cento anime della comparazione giuslavoristica

Il “nuovo ordine” che, almeno per una parte della dottrina lavorista italiana, comincia a regnare dopo la svolta impressa da Giugni e Mancini, insieme alle mutate condizioni dello scenario politico e del mondo del lavoro dopo il Sessantotto, fanno sì che cambi in modo decisivo il peso della cultura giuridica straniera sui nostri studiosi e che si sposti sensibilmente il suo baricentro geografico.

Da un lato, pare manifestarsi una vera e propria disaffezione nei confronti della comparazione con universi giuridici diversi dal nostro, dal momento che in quegli anni, scemata quell'*actio finium regundorum* non più necessaria per una disciplina ormai orgogliosamente matura, la dottrina inizia a non affaticarsi più su teorie generali sulla natura e l'oggetto del rapporto di lavoro, ma quasi esclusivamente sull'esame delle nuove “tavole della legge” contenute nello statuto dei lavoratori e del primo confuso diritto emergenziale; temi che, pur richiedendo spesso una profonda base teorica, presentano punti di riferimento sempre più “autarchici”.

Dall'altro lato, viene progressivamente meno l'egemonia delle metodologie civilistiche (che hanno dominato incontrastate dopo la caduta del fascismo, ai cui residui ideologici hanno comunque opposto un valido ostacolo)¹⁰⁴, a tutto vantaggio dei nuovi approcci socio-politici, economici,

¹⁰¹ Sulle radici ebraiche del diritto del lavoro, G. VARDARO, “*Arbeitsverfassung*” ovvero la stella dell'assimilazione, in *Soc. dir.*, 1987, p. 17 ss.

¹⁰² Per un'eccezione, M. GRANDI, *Studi sul diritto del lavoro inglese e nordamericano*, Giuffrè, Milano 1970.

¹⁰³ Classicamente, O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in 37 *Mod. Law Rev.*, 1974, p. 1 ss. (traduzione italiana: *Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 785 ss.).

¹⁰⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'em-*

storici, di relazioni industriali. E ciò fa virare decisamente l'asse tradizionale del confronto col mondo giuslavoristico straniero, che si allontana ormai definitivamente dall'area tedesca per dirigersi sempre più saldamente verso il mondo anglosassone.

Comunque, con un ultimo colpo di coda: infatti, gli anni Ottanta iniziano con la riscoperta di Weimar. Dopo che in Germania si ristampano le opere di inizio secolo di Sinzheimer e dove Otto Kahn-Freund e Thilo Ramm riportano alla luce, quasi come reperti archeologici, gli scritti dei giuslavoristi weimariani¹⁰⁵, questi vengono da noi tradotti, commentati e rivalutati, per merito soprattutto di un allievo della scuola di Giugni, Gaetano Vardaro¹⁰⁶, che vi impernia anche alcuni suoi saggi¹⁰⁷. Ma, al di là di questo, l'interesse comparatistico per la Germania, tradizionale stella polare del giuslavorismo italiano, da allora crolla letteralmente e con gli anni viene ormai coltivato quasi solo da studiosi in qualche modo vicini a quell'area, geograficamente o per vicende personali¹⁰⁸. Così come passa inesorabilmente di moda quella sorta di *Grand Tour* alla rovescia che portava ogni buon giurista italiano a passare un po' di tempo in terra teutonica.

Sono ormai altri i punti di riferimento non indigeni del giuslavorista italiano. La comparazione, dopo essere stata per decenni un'occupazione "di nicchia", vive comunque un discreto momento, ed ha ora – si diceva – come indiscusso protagonista il mondo anglosassone; i suoi principali cultori sono Tiziano Treu e Bruno Veneziani¹⁰⁹. Anche le riviste alimentano

genza, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 114 ss.

¹⁰⁵ Th. RAMM (a cura di), *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1919-1933*, Luchterhand, Neuwied/Rh.-Berlin 1966, cui segue la raccolta in due volumi degli scritti di Sinzheimer: ID. e O. KAHN-FREUND (a cura di), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt M.-Köln 1976.

¹⁰⁶ G. ARRIGO, G. VARDARO (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, Roma 1982; F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, a cura di G. VARDARO, Il Mulino, Bologna 1983. È ancora sostanzialmente attribuibile a Vardaro, sempre nei primi anni Ottanta, la pubblicazione sul «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali» di saggi di Sinzheimer, Fraenkel, Neumann e Renner, per la prima volta tradotti in italiano; nonché la pubblicazione della traduzione parziale dei *Tarifverträge* di Lotmar.

¹⁰⁷ Ad esempio, G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano 1985, su cui L. NOGLER, *La "dissacrante" eredità di Gaetano Vardaro in tema di contratto collettivo*, in J. GORELLI (a cura di), *El derecho a la negociación colectiva. "Liber amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2014, p. 357 ss.

¹⁰⁸ Cito per tutti, senza pretesa di esaustività, i casi di Marcello Pedrazzoli e del suo allievo Luca Nogler, i cui lavori ho più volte citato.

¹⁰⁹ Ad esempio, T. TREU, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in

questo rinnovato interesse, in particolare quella della scuola di Giugni, il «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», e quella della scuola bolognese, «Lavoro e diritto». Ancora queste due scuole danno vita nel 1983 a una duratura iniziativa destinata agli studiosi più giovani, i seminari annuali di diritto del lavoro comparato “Pontignano”¹¹⁰.

Ma il punto di riferimento che comincia a rivestire importanza crescente è l'Europa: l'attenzione della dottrina nei confronti del diritto comunitario è grande, soprattutto in un momento nel quale sempre più regole del nostro diritto del lavoro cominciano ad essere dettate da organismi sovranazionali. E questo nuovo polo di attrazione in qualche modo rallenta il ricorso dei giuslavoristi alla comparazione “tradizionale”.

Dagli anni Ottanta, quindi, escludendo ovviamente il diritto comunitario e qualche monografia che utilizza il metodo comparato per proporre soluzioni “nazionali”¹¹¹, può parlarsi di influenze straniere in maniera estremamente frammentata, in linea del resto coi tempi “postmoderni” che sta vivendo la società, e quindi anche il diritto del lavoro. È preferibile, perciò, segnalare alcuni dibattiti, più o meno duraturi, nei quali la cultura giuridica straniera, prevalentemente anglosassone, costituisce un punto di riferimento importante.

La giuridificazione delle relazioni di lavoro, nelle sue varie accezioni, è tema comune alla riflessione propria di altri Paesi, che viene fruttuosamente richiamata nel nostro dibattito¹¹². Così come in quegli stessi anni si studia, spesso in un'ottica di relazioni industriali, l'evoluzione della società verso modelli neocorporativi¹¹³, caratterizzati da forme più o meno spinte di concertazione e di partecipazione; discussione strettamente legata a un altro

Giorn. dir. lav., 1979, p. 167 ss.; B. VENEZIANI, *Appunti di diritto sindacale comparato*, Cacucci, Bari 1982.

¹¹⁰ I seminari sono inizialmente organizzati nella Certosa di Pontignano, nei pressi di Siena, da Silvana Sciarra e Gian Guido Balandi, con la partecipazione di Gino Giugni, Antoine Lyon-Caen, Bill Wedderburn, Wolfgang Däubler e Miguel Rodríguez Piñero.

¹¹¹ Per tutti, soprattutto in questo caso senza alcuna pretesa di esaustività, M. BIAGI, *Sindacato democrazia e diritto. Il caso inglese del Trade Union Act 1984*, Giuffrè, Milano 1986; B. CARUSO, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè, Milano 1986.

¹¹² Per tutti, S. SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav.*, 1986, p. 215 ss.; J. CLARK, B. WEDDERBURN, *La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico*, *ivi*, p. 277 ss.; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, *ivi*, p. 317 ss.

¹¹³ Per tutti, G. VARDARO (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988.

tema tipicamente comparato, quello del pluralismo¹¹⁴.

Gli anni Novanta, infine, vedono la ripresa delle teorie generali sul metodo¹¹⁵, la lettura dei punti nodali della materia secondo i canoni dell'analisi economica del diritto¹¹⁶, fino ad arrivare alla riflessione davvero conclusiva: quella, spesso sconsolata, sul futuro di una materia che per molti si sta avviando alla scomparsa¹¹⁷. Tutti temi nei quali l'influenza straniera è palpabile.

8. Oggi: una foto sfocata

La foto della situazione attuale non può che risultare molto sfocata, soprattutto perché – come si anticipava – è molto più difficile valutare le influenze della comparazione giuridica senza la dovuta prospettiva temporale. Oggi la circolazione delle idee e delle persone corre a una velocità impensabile fino a poco fa, mentre l'inglese è diventato quel che era il latino nell'impero romano. Perciò, anche come frutto di questa estrema mobilità, c'è grande interesse nei confronti di ciò che accade nel mondo del lavoro in casa d'altri, ma soprattutto tra Bruxelles, Strasburgo e Lussemburgo, con la conseguenza che i cultori del diritto del lavoro "eurounitario" sono in numero assolutamente preponderante rispetto ai cultori della comparazione "classica". Questi ultimi, spesso individuabili tra gli allievi delle scuole che l'hanno sempre coltivata, danno comunque vita a importanti iniziative e percorsi di studio (un esempio per tutti, i preziosi frutti dell'intensa attività comparatistica di Marco Biagi¹¹⁸), al punto che – per citare uno dei giuslavoristi più attenti a queste dinamiche – la comparazione nel diritto del lavoro italiano¹¹⁹ assumerebbe nell'era della globalizzazione una «funzione

¹¹⁴ Per tutti, G.G. BALANDI, S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Edizioni Lavoro, Roma 1982.

¹¹⁵ Su cui, classicamente, i saggi poi raccolti in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna 1985. Poi, per tutti, M. D'ANTONA, *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 207 ss.

¹¹⁶ Per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano 1996.

¹¹⁷ Per l'opportuna sterminata citazione, si rinvia a R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 284, nota 131.

¹¹⁸ Su cui, *Marco Biagi: un giurista progettuale. Scritti scelti*, a cura di L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU, Giuffrè, Milano 2003.

¹¹⁹ Su cui, da ultimo, T. TREU, *Metodo comparato e diritto del lavoro*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Vita e Pensiero, Milano 2016, p. 349 ss.

assiologica e normativa e non solo culturale e cognitiva»¹²⁰.

Vivo appare, in particolare, l'interesse per la comparazione da parte dei più giovani cultori del diritto del lavoro: tanti sono ormai, accanto ai tradizionali "seminari di Pontignano", gli incontri di studio comparatistici ad essi specificamente destinati. La loro produzione scientifica di taglio comparatistico, però (ho avuto occasione di occuparmene di recente come componente della commissione per l'abilitazione scientifica nazionale), appare in larga misura più animata dall'intento di esporre al lettore italiano qualche punto di un'esperienza straniera che non dallo spirito e dallo scopo più autentici della comparazione tra ordinamenti; e, di conseguenza, risulta anche non molto pagante accademicamente.

Peraltro, tantissima nostra dottrina rimane quasi del tutto autoreferenziale, impegnata com'è in una intensa attività ermeneutica del bulimico diritto del lavoro attuale. Quello nel quale, tanto per concludere, parlare di stabilità del rapporto "alla tedesca", definire alla francese *stage* un tirocinio formativo, chiamare *Jobs act* una legge che rivisita le tipologie dei rapporti di lavoro, non pare tanto indice di influenza di culture giuridiche straniere quanto di provincialismo o poco più.

¹²⁰ B. CARUSO, *I cambiamenti nei luoghi di lavoro e il dialogo tra giuslavoristi nel "villaggio globale"*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano 2007, p. 234.

DIRITTO E RELIGIONE

Enrica Martinelli

Per una lettura epistemologica del diritto comparato delle religioni

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle religioni nella società postmoderna – 2. I *Law and religion studies* – 3. Sviluppo e diffusione della comparazione tra diritti religiosi in Italia – 4. Caratteristiche e criticità della comparazione dei diritti prodotti dalle religioni – 5. La possibile ermeneutica del diritto comparato delle religioni.

1. *Il ruolo delle religioni nella società postmoderna*

È innegabile che nella società contemporanea la religione occupi spazi importanti, più estesi e diversificati di quanto non accadesse nel passato, anche recente. La nota di maggior rilievo sta nell'accresciuta visibilità pubblica della variabile religiosa che, dall'ambito prevalentemente personale e privato in cui si era tentato di confinarla nell'età moderna¹, è emersa con invadenza prepotente nella postmodernità. Oggi la religione si propone di influire e determinare l'agire collettivo, provando ad incidere sulle opzioni politiche di istituzioni nazionali e internazionali, chiamate a gestire problemi di portata universale come la pace tra i popoli, la tutela dei diritti umani, la giustizia, la salute, l'educazione².

Prese le caute e doverose distanze dal paradigma della secolarizzazione ineluttabile³, a fronte dello sgretolamento dei confini nazionali e della

¹ È stata certo questa la tendenza prevalente del periodo ottocentesco e per lunga parte del Novecento, accompagnatasi in prevalenza con le dottrine politiche, filosofiche e giuridiche del liberalismo, anche democratico. Non si intende peraltro oscurare la indubbia rilevanza che la religione, nella sua dimensione istituzionale, ha avuto nell'età moderna: basti solo pensare a come questa sia stata l'epoca dei concordati tra la Chiesa cattolica e gli Stati e, nel protestantesimo, del consolidamento delle Chiese di Stato.

² Si vedano M. ALETTI-G. ANGELINI, *La religione postmoderna*, Glossa, Milano 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, II ed., Roma Tre Press, Roma 2019, p. 29 ss.

³ La storia ha dato torto a coloro che avevano decretato "la morte di Dio", sentenziando la irreversibile irrilevanza sociale della religione. Si rinvia ad alcune opere esemplari sul tema: S. ACQUAVIVA, *Leclissi del sacro nella società industriale*, Edizioni di Comunità, Milano 1961; W. HAMILTON, *La teologia radicale e la morte di Dio*, Feltrinelli, Milano 1969; A.T. ROBINSON, *Dio non è così*, Vallecchi, Firenze 1965.

conseguente evanescenza degli aspetti identitari, si è assistito, quale trend globale, al «riemergere del represso»⁴ che ha invece determinato una crescente presenza ed influenza delle fedi religiose e della dimensione spirituale nella gestione della cosa pubblica⁵.

La rivincita del sacro⁶ e il rinnovato bisogno di religiosità⁷ smentiscono la profezia di un'accelerazione dei processi di secolarizzazione della società occidentale, frutto peraltro di un grave errore epistemologico: una più attenta lettura delle trasformazioni geopolitiche che hanno interessato il continente europeo in seguito alla caduta del muro di Berlino e alla guerra dei Balcani⁸ e delle molteplici vicende dell'Islam globale, avrebbe invero mostrato che la tendenza alla (o meglio, il pericolo della) identificazione fra religione, nazione e cultura erano tutt'altro che sopiti⁹.

Nel corso degli ultimi vent'anni si è resa più evidente la potenzialità

⁴ F. THUAL, *Geopolitica dell'Ortodossia*, Barbarossa, Milano 1995, p. 99. L'Autore osserva che l'espressione, presa in prestito dalla psicanalisi, «sembra adattarsi perfettamente al periodo che si apre con lo smembramento, e prosegue con la caduta, dei regimi comunisti a partire dalla fine del 1989. Lo straordinario in questo avvenimento fu che la disintegrazione degli Stati comunisti mise a nudo delle problematiche nazionali e religiose che si credevano finite per sempre sotto il coperchio del socialismo».

⁵ A sostegno di questa affermazione basterebbe, ad esempio, ricordare l'importanza della componente ortodossa nelle realtà dell'Europa orientale, ove accanto ad un diverso grado di secolarizzazione rileva il ruolo pubblico – storicamente proprio ed attualmente recuperato – delle chiese ortodosse autocefale.

⁶ Alcuni Autori parlano ormai, al riguardo, di «descolarizzazione del mondo». Cfr. G. WEIGEL, *Religion and Peace: An Argument Complexified*, in 14 *Washington Quart.*, 1991, p. 27. Di contrario avviso C. LUZZATI, *Introduzione al tema. Il testo sacro nei diritti religiosi*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2006, p. 39 s.

⁷ Ben descritto, fra i molti, da G. KEPPEL, *La rivincita di Dio. Cristiani, ebrei, mussulmani alla riconquista del mondo*, Rizzoli, Milano 1991; da S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano 1998 e da J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna 2000.

⁸ È soprattutto a partire dal «fatidico triennio 1989-1991, che il fattore religioso rivela in pieno la sua potenzialità geopolitica, con l'inizio, nel 1991, della guerra civile prima in Jugoslavia e quindi in Algeria, ma soprattutto con l'imprevedibile "Rinascita islamica" nei Balcani e nelle ex Repubbliche sovietiche dell'Asia Centrale». Così A. GROSSATO, *Geopolitica delle religioni: una scienza per il nuovo millennio*, in *Riv. pol.*, 2010, p. 166.

⁹ Il fenomeno è in larga parte attribuibile all'impatto sociale dell'intenso sentimento religioso degli immigrati: per i popoli della moderna diaspora, avulsi dalla propria nazione e privati delle radici, «la patria dell'identità ha sempre meno la dimensione del territorio e sempre più quella dell'appartenenza ... l'identità si libera dal legame ad un territorio e si configura come appartenenza capace di attraversare i confini». Cfr. S. FERRARI, *Religione, nazionalismo, diritti umani e globalizzazione*, in *Cosc. lib.*, 2016, p. 43.

geopolitica della variabile religiosa¹⁰: il pluralismo confessionale odierno è frutto dei flussi migratori, ormai sistemici e della conseguente fluidità della fisionomia sociale, nonché della libertà nella ricerca della cifra spirituale del singolo, cui le legislazioni moderne forniscono robusta tutela.

Anche nel nostro Paese, la dimensione del religioso non può più essere parametrata sulla falsariga delle grandi religioni monoteiste, poiché queste ultime non esauriscono il panorama della fenomenologia confessionale; in Italia sono presenti e vitali religioni antiche, tradizionalmente lontane dalla realtà occidentale e delle quali ancora si conosce poco, mentre si affaccia un insieme assai variegato di nuovi movimenti religiosi, dei quali si conosce quasi nulla.

In un tempo quale l'attuale, che pare preludere alla costruzione di una comunità transnazionale e, nelle aspirazioni, planetaria, emerge con evidenza la paradossale incapacità di armonizzazione degli «immensi patrimoni simbolici»¹¹ che i diversi popoli hanno custodito e tramandato attraverso i secoli mediante le loro peculiari tradizioni e culture religiose.

Come è stato acutamente sottolineato, tra i fattori che attualmente contribuiscono a determinare la centralità delle religioni vi è il fatto che «queste ultime, in un tempo di globalizzazione incompiuta, sono un attore globalizzato»¹². Forse mai come in questo momento gli organismi politici di *governance* sovranazionale sono stati tanto «deboli e afasici» da risultare incapaci di garantire efficaci meccanismi di governo globale, diversi da quelli dettati dall'economia di mercato¹³. Al contrario, le religioni, che si

¹⁰ La geopolitica delle religioni si è di recente attestata, a livello internazionale, quale importante sottodisciplina di settore. Questo per merito, innanzitutto, dello studioso statunitense Samuel Huntington, che per primo ne ha saputo sostanzialmente intuire, indicare, e in parte dimostrare, la straordinaria utilità per l'analisi e l'interpretazione degli inaspettati eventi geopolitici che iniziarono a verificarsi durante la transizione dal XX al XXI secolo. Cfr. A. GROSSATO, *Geopolitica delle religioni: una scienza per il nuovo millennio*, cit., p. 166.

¹¹ F. PAJER, *Scuola e istruzione religiosa nell'Europa multireligiosa: problemi e sfide*, p. 5, www.cestim.it/argomenti/06scuola/06scuola_scuola-istruzione-religiosa.pdf.

¹² P. NASO, *Le religioni nell'età post-secolare*, in *Cosc. lib.*, 2018, p. 79. È difficile negare che «in modo pressoché unanime oggi si ritiene che la religione abbia riguadagnato spazio nell'arena pubblica e anche nella sua caso per caso più o meno grande porzione politica ... Il carattere pubblico spesso riconquistato dalle pretese dell'apparato normativo della religione, insieme a un processo convergente che si sviluppa a partire dalla "sfera" economica, interviene attivamente nella crisi del monopolio politico sul diritto attraverso la legge e stimola in modo cospicuo la ripresa del *legal pluralism*». Cfr. L. DIOTALLEVI, *L'ordine imperfetto. Modernizzazione, Stato, secolarizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015, p. 151.

¹³ La globalizzazione appare un percorso incompiuto perché gestito in prevalenza sotto il profilo economico senza che si sia profilato, quale necessario contemperamento, un pensiero unico in chiave sociale e politica. Per affermare la sua supremazia, l'economicismo «ha cercato

confrontano e talvolta si scontrano nel sistema globale, si presentano come protagonisti globali in un tempo in cui i protagonisti globali latitano¹⁴.

Di notevole rilevanza è, a questo proposito, la capacità delle comunità di fede di intervenire come attori sociali idonei a gestire politiche di welfare che gli Stati – a motivo della esiguità delle risorse a cui attingere – non sono più in grado di assicurare. D’altro canto, a fronte della grave crisi economica che in modo trasversale ha colpito (non solo) il continente europeo, la religione – tra le poche «agenzie di significato»¹⁵ ancora in grado di fornire una lettura complessiva della società – si è trasformata in un “bene rifugio” sul quale investire per un futuro degno dell’uomo.

Ulteriore elemento che testimonia l’attuale rilevanza socio politica delle religioni è la presenza di una loro declinazione radicalizzata¹⁶, comprendendo in tale espressione il fondamentalismo – nel significato di recupero dei fondamentali principi originari della fede – e la radicalizzazione ideologica, quale concettualizzazione intransigente ed estrema del dogma e della pretesa salvifica universalistica propria di molte comunità di fede. Basti por mente, per portare esempi diversi dall’Islam, a talune espressioni del buddismo radicale, presente in svariate aree dell’Asia meridionale che, nella sua forma più esasperata, perseguita la minoranza musulmana dei Rohingya, che dal Myanmar è costretta ad un esodo di massa nel vicino

di sbarazzarsi della morale, della religione e della politica», spossessandole del loro territorio e stravolgendole nel loro significato. Così C. MONGARDINI, *La fabbrica degli dei. Religione e politica come produzioni culturali*, in C. MONGARDINI, M. C. MARCHETTI (a cura di), *La fabbrica degli dei. Religione e politica nel processo di globalizzazione*, Bulzoni, Roma 2013, p. 13.

¹⁴ «Le religioni, soprattutto alcune, hanno ... una capacità di posizionamento interessante. Indubbiamente una di queste è la Chiesa cattolica, a seguire l’Islam o meglio le diverse linee islamiche che si confrontano in un sistema globale e, per quel che riguarda il mondo protestante, il ramo così detto *evangelical* più delle Chiese storiche, perché il destino di queste ultime è molto più legato ai contesti delle storie nazionali, mentre un certo missionarismo di matrice evangelica è ormai un vettore fondamentale in continenti molto remunerativi dal punto di vista delle conversioni e della capacità di fare adepti: penso all’America latina, all’Asia e all’Africa che è una sorta di Eldorado e che nei prossimi decenni diventerà il continente più cristiano del mondo». Così P. NASO, *Le religioni nell’età post-secolare*, cit., p. 79.

¹⁵ L’efficace espressione è di S. FERRARI, *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 10.

¹⁶ Non intendo fare riferimento al fondamentalismo armato che, in maniera violenta e sanguinaria, tenta la conquista dello spazio pubblico o il suo annientamento e che, nei drammatici fatti di cronaca degli ultimi anni, è collegato alla radicalizzazione di matrice islamista. Credo che in tal caso sia più corretto parlare di terrorismo di matrice religiosa, evoluzione terminale della fase VERLT (*Violent Extremism and Radicalization that lead to Terrorism*) acronimo coniato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Si vedano, al riguardo, i recenti *reports* del Segretariato dell’OSCE.

Bangladesh, o all'induismo radicale che vorrebbe impedire alle comunità cristiane dell'India l'esercizio di diritti costituzionali o, ancora, all'*escalation* di fanatismo religioso di matrice ortodossa che sta esplodendo nei Paesi dell'ex Unione Sovietica¹⁷.

L'esistenza di diverse appartenenze confessionali – certo uno degli aspetti più significativi della società plurale – unita a un diffuso analfabetismo religioso¹⁸, hanno fatto emergere ed inasprire fanatismi, fondamentalismi, integralismi o, in altri termini, forme patologiche di militanza religiosa che, quando si concretizzano nel totale rifiuto della diversità confessionale, tendono ad assumere atteggiamenti intransigenti e discriminatori e pretendere per la religione un ruolo sempre più invasivo nella ideazione del modello di Stato e nella gestione del medesimo, mettendo di fatto in pericolo la «sostenibilità sociale del pluralismo religioso lasciato crescere in modo spontaneo o selvaggio su un terreno impreparato»¹⁹.

Il moltiplicarsi dell'offerta nel «supermarket interreligioso»²⁰ e le tensioni generate dalla convivenza di fedi tra loro antagoniste, hanno fatto sì che, in maniera crescente, il fenomeno religioso sia divenuto protagonista – in una evidente sovraesposizione – dell'agone politico e del dialogo mediatico, talvolta con toni di aspra polemica, da ultimo rivelatrice dell'incapacità delle comunità evolute di agevolare l'uguale partecipazione alla vita politica e culturale della società e di dar vita ad un sentimento di cittadinanza condivisa.

Per contro, sotto il profilo sociologico, le religioni racchiudono in sé grandi potenzialità nel favorire le politiche di inclusione e di integrazione²¹. Oggi si discorre molto di questi temi: la vera sfida della società multietnica e multiculturale è rappresentata dall'accoglienza e dal pieno riconoscimento della pari dignità dei credo religiosi, che, nelle ipotesi migliori, può portare

¹⁷ «In questa fine di XX secolo in cui si vede risorgere in diverse religioni – che siano l'Islam, il Cattolicesimo, l'Induismo o, addirittura certi Protestantesimi – delle correnti fondamentaliste e integriste, si è decisamente obbligati, studiando il funzionamento concreto di questo risveglio religioso, a rendersi conto che la religione è al centro delle pratiche e dei dispositivi geopolitici». Cfr. F. THUAL, *Geopolitica dell'Ortodossia*, cit., p. 109.

¹⁸ A. MELLONI (a cura di), *Rapporto sull'analfabetismo religioso in Italia*, Il Mulino, Bologna 2014. L'opera rappresenta un utile strumento per contestualizzare il tema dell'assenza del religioso nei processi educativi e offre una riflessione organica su ciò che viene ignorato dal sistema scolastico e sui perché storico-teologici, oltreché storico-politici, di queste omissioni e lacune.

¹⁹ F. PAJER, *Scuola e istruzione religiosa nell'Europa multireligiosa*, cit., p. 6.

²⁰ B. SALVARANI, *Per un'ora delle religioni*, in *Cosc. lib.*, 2016, p. 186.

²¹ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna 2003.

all'accettazione simultanea di più culture e tradizioni²²; non va tuttavia dimenticato che non vi può essere reale inclusione né integrazione vera, se non raggiungendo un buon livello di alfabetizzazione della società sui temi religiosi²³, che promuova la conoscenza dell'“altro” da sé e depotenzi l'allarme che il non riconoscersi inevitabilmente genera.

2. *I* Law and religion studies

Se l'egemonia del positivismo giuridico europeo – patrimonio di un passato che si vorrebbe superato²⁴ – ci aveva abituati all'idea che la legge e l'intero diritto coincidessero con i “comandi del sovrano”, è vero che le religioni sono in grado di gettare una sfida potente – intellettuale ed epistemologica – idonea a mettere in luce i limiti di quella costruzione²⁵.

La necessità di conoscere e meglio comprendere lo straniero, il diverso, l'immigrato per costruire nuovi e più consapevoli rapporti tra società, politica e religione, ha impresso un forte stimolo ai cultori del diritto ecclesiastico e del diritto canonico ad ulteriormente approfondire lo studio della dimensione normativa delle comunità di fede, così come della disciplina

²² Si v. no le interessanti riflessioni di M. SANTERINI, *Da stranieri a cittadini. Educazione interculturale e mondo globale*, Mondadori, Milano 2017.

²³ Sottolinea – e non gli si può dar torto – come l'ignoranza dei fenomeni religiosi equivalga «tout court all'ignoranza delle dinamiche dell'attualità» B. SALVARANI, *Per un'ora delle religioni*, cit., p. 188.

²⁴ Per una articolata e persuasiva critica al positivismo giuridico in quanto «ostacolo al riconoscimento di cosa sia il diritto di cui il comparatista deve occuparsi» si v., ampiamente, A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 16 e p. 3 ss. L'Autore ritiene che il giuspositivismo – un approccio per molti aspetti ancora resistente – debba essere annoverato tra i maggiori intralci alla «conoscenza critica del diritto ... motivo per cui si annovera tra i principali bersagli della comparazione giuridica» (spec. p. 3). A favore della necessità di un definitivo superamento di un ormai svuotato contenuto del positivismo giuridico, merita di essere segnalata, inoltre, la recente e penetrante riflessione di C. FANTAPPIÈ, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, EDB, Bologna 2019, p. 12 su come debba essere oggi pensato l'ordinamento giuridico: «In sostanza ... appare come: a) un *sistema composito* fatto non solo di norme ma di concetti, istituzioni, valori; b) un *sistema di relazioni* fra le diverse dimensioni che lo strutturano (formale/materiale, lineare/circolare, statica/dinamica); c) un *sistema integrato* e non monolitico (legislazione, dottrina e giurisprudenza); d) un *sistema aperto* alle relazioni con altri sistemi regolativi e con il contesto sociale di riferimento; e) un *sistema temporale* non solo iscritto nel tempo storico, ma dotato di una temporalità specifica».

²⁵ P. ANNICCHINO, *Geopolitica, diritto e religione*, in *Cosc. lib.*, 2018, p. 74.

del fenomeno religioso negli Stati europei ed extraeuropei. Si è assistito, in tal modo, al fiorire di numerosi studi comparatistici che, secondo le possibili declinazioni, si occupano dei rapporti tra diritto e religione (i *Law and religion studies*²⁶), dai quali traluce l'ampliarsi dell'attenzione verso la dimensione giuridica delle religioni e l'allargarsi del panorama dei diritti religiosi presi in considerazione.

La letteratura in materia, domestica e internazionale, si è fatta vastissima e varia dagli studi che raffrontano i diversi diritti religiosi al fine di ricercarne le differenze e le analogie (diritto comparato delle religioni) a quelli che approfondiscono il rapporto tra il diritto dello Stato e la pluralità dei diritti delle comunità di fede (diritto statale delle religioni) o che pongono a raffronto la regolamentazione giuridica del fenomeno religioso di due o più ordinamenti statali (diritto ecclesiastico comparato)²⁷. Occorre tuttavia domandarsi per quanta parte si tratti di vera e propria comparazione e con quale metodologia questa venga condotta.

L'inclinazione del canonista e dell'ecclesiasticista ad estendere lo sguardo oltre i confini delle proprie materie non è certo cosa nuova: la scienza giuridica che studia il fenomeno religioso, tanto da una prospettiva statale quanto da quella confessionale, ha da sempre avuto una naturale, quasi insopprimibile, vocazione alla comparazione.

Basti por mente al fatto che talune fondamentali problematiche che hanno caratterizzato e tutt'ora caratterizzano i rapporti tra diritto e religione²⁸, possono essere assai più proficuamente analizzati e compresi solo uscendo dalla visione chiusa nelle mura domestiche dei diritti nazionali ed avventurandosi nella prospettiva della comparazione con sistemi giuridici, prossimi o remoti, sia da un punto di vista geografico che ideologico.

Tanto più questo si dovrebbe fare – così credo – nel condividere l'idea di *complessità* avanzata dagli studiosi della teoria della scienza e, in particolare, da Edgar Morin, il quale sostiene che le differenti discipline «formano un tessuto interdipendente, interattivo e inter-retroattivo tra l'oggetto di conoscenza e il suo contesto, le parti e il tutto, il tutto e le parti, le parti tra loro»²⁹.

²⁶ La bibliografia in merito è molto ampia. Per un aggiornamento si veda il volume di S. FERRARI (a cura di), *Routledge Handbook of Law and Religion*, Routledge, London 2015.

²⁷ Si leggano le articolate considerazioni sulle diverse ipotesi di comparazione aventi ad oggetto il fenomeno religioso di A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e diritto comparato delle religioni*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2001, p. 218 ss.

²⁸ Si pensi, solo a titolo esemplificativo, a temi quali la laicità dello Stato, il secolarismo, il separatismo, il relativismo.

²⁹ E. MORIN, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina, Milano 2019, p. 38. Si cfr. inoltre, più ampiamente, C. FANTAPPIÈ, *Per un cambio di paradigma*, cit., p. 127.

Mi proporrei pertanto di accennare come, da un punto di vista storico e metodologico, si sia evoluto e sviluppato il primo progetto di comparazione del fenomeno religioso, dedicando le mie riflessioni a quel ramo della scienza giuridica, denominato “diritto comparato delle religioni”, che analizza e pone a confronto il diritto prodotto dalle diverse comunità di fede allo scopo di evidenziare identità, analogie e differenze e individua, a partire dall’esame dei singoli diritti religiosi, i caratteri che li qualificano.

Questa, apparentemente semplice definizione, parte da un presupposto logico non indiscusso tra i cultori del diritto: esiste un diritto delle religioni così come esiste un diritto degli Stati o delle organizzazioni internazionali. La comparazione è resa possibile dall’esistenza, nei diversi diritti religiosi, al di là delle evidenti differenze, di alcuni elementi comuni tra loro (un *proprium* che trascende le culture e le civiltà in cui si sono sviluppati), che a loro volta li distinguono dai diritti secolari.

I diritti delle comunità di fede riconoscono tutti un fondamento eteronomo poiché consistono in un sistema di credenze che risponde a bisogni ed aspirazioni ulteriori e diversi rispetto a quelli propri della vita mondana. In particolare, per i diritti religiosi che derivano dal Libro, la norma è espressione dell’ordine giuridico della Rivelazione³⁰; per l’induismo o per il buddismo, invece, è traduzione di una legge cosmica che precede l’uomo.

In ogni caso la variabile normativa del religioso si colloca in una dimensione sovranaturale, metastorica, che riconosce un fondamento metagiuridico e una natura teleologica. Ben oltre le numerose e significative differenze che li caratterizzano, i diritti religiosi sono vocati al raggiungimento della finalità ultraterrena nella dimensione intra-soggettiva, a differenza dei diritti secolari «nei quali primeggia la funzione pratica di regola dei rapporti intersoggettivi»³¹.

Ne consegue che una corretta lettura giuridica dei diritti delle religioni presuppone la conoscenza e la comprensione di elementi peculiari che, per altri cultori del diritto sarebbero da considerare pre-giuridici, mentre, per chi approccia la dimensione normativa del fenomeno religioso, costituiscono l’essenza ontologica della loro giuridicità.

Giocoforza, la comparazione tra ordine secolare e ordine religioso rivela sovente l’inadeguatezza delle schematizzazioni tradizionali adottate o la

³⁰ L’ebraismo, il cristianesimo e l’islam concordano sul fatto che Dio si sia manifestato prima attraverso Mosè, il profeta. In seguito Dio si è rivelato in altre fonti: il Nuovo Testamento e Cristo per i cristiani, il Corano e il suo Profeta Muhammad per l’Islam, la Torah orale e i suoi profeti per l’ebraismo.

³¹ Così P. CONSORTI, *Contributo metodologico alla comparazione dei diritti religiosi: il valore dei «formanti»*, in *Dir. rel.*, 2015, p. 255 ss., spec. p. 268.

relatività delle categorie concettuali utilizzate dalla scienza comparatistica. In particolare, l'essenza dei diritti religiosi non si presta a venire imbrigliata in paradigmi generali ed astratti: il fine teleologico li rende elastici, duttili, plasmabili alle esigenze del singolo, in vista della sua personale salvezza. Questa cifra dei diritti religiosi ne sottolinea l'irriducibilità ai diritti statuali, anche quando questi ultimi si occupano di religione.

Se ciò è vero, è però altrettanto vero che il diritto religioso può solo artificialmente essere separato dal diritto laico. Come si è osservato, i due sistemi giuridici hanno un diverso fondamento e tuttavia, tra loro, vi è un sistema di costanti dinamiche e di reciproche influenze.

Se questo appare con minor evidenza nei diritti secolarizzati, che vengono scarsamente influenzati dal dato religioso, è invece palese negli ordinamenti giuridici che hanno fatto proprie – seppure con diverse modalità e differente intensità – le norme religiose. Ma anche nella secolarizzata Europa, qualora ci si ponga nella prospettiva del diritto vivente, le norme religiose sono in grado di assumere un peso di rilievo notevole³².

3. Sviluppo e diffusione della comparazione dei diritti religiosi in Italia

Il diritto comparato delle religioni nasce in Italia in un tempo molto recente³³, una quindicina d'anni addietro, con la pubblicazione di alcuni

³² Potrebbero essere portate a mo' di paradigma le norme confessionali che disciplinano oppure proibiscono le unioni interreligiose e che hanno ricadute di indubbio rilievo sulla gestione sociale, politica e giuridica del fenomeno dei matrimoni misti, che nessun ordinamento statale può ignorare. Si v. no, inoltre, le riflessioni di V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems*, cit., p. 29: «Contemporary Western societies, since the American and the French evolutions, have been increasingly secularized, with a growing separation, among their citizens and in the law, between the religious sphere and the civil sphere ... However, it would be extremely short-sighted to think that the religious factor – meaning a number of transcendent beliefs organized in communities and made public through rites, places of worship, festivities, clothing and apparel – is irrelevant in characterizing legal systems and distinguishing them».

³³ Nel panorama del diritto italiano del secolo scorso non sono mancati taluni percorsi di studio e di approfondimento dei nessi esistenti tra i diversi diritti religiosi, anche se collocati in una posizione di assoluta marginalità. Si v. no ad esempio L. LUZZATTI, *La libertà di coscienza e di scienza. Studi storici costituzionali*, Treves, Milano 1909, p. 75 ss. e più di recente F. MARGIOTTA BROGLIO, *Diritto canonico e scienze umane. Per un approccio interdisciplinare alle istituzioni della Chiesa Occidentale*, in G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Il Mulino, Bologna 1976; M. VENTURA, *Comparer en droit. Tra metodologia e permeabilità del canonista*; P. BELLINI,

volumi³⁴ e articoli sulla rivista *Daimon*³⁵, lo svolgimento di alcuni convegni sul tema della comparazione tra diritti religiosi e l'attivazione di taluni insegnamenti universitari che guadagneranno, nel tempo, spazi più ampi nell'offerta formativa italiana, arricchendo l'esperienza didattica in ambito giuridico³⁶.

Il ritardo con cui questa disciplina si afferma è attribuibile in gran parte all'omogeneità religiosa dell'Italia ove – tolta la parentesi coloniale che risveglia un po' di interesse verso il diritto islamico³⁷ – la Chiesa cattolica e il suo diritto hanno, per lungo tempo, esaurito l'interesse degli studiosi. Il diritto canonico è stato, difatti, oggetto di un'attenzione quasi esclusiva, anche sotto un profilo comparatistico, nella convinzione – condivisa da molti studiosi – che solo quello della Chiesa cattolica fosse “vero diritto”, da contrapporre alla dimensione “paragiuridica” degli altri saperi religiosi³⁸.

Influenze del diritto canonico sul diritto pubblico europeo; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto canonico e 'common law'*, tutti in R. BERTOLINO, S. GHERRO, L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*, Giappichelli, Torino 1992.

³⁴ Oltre al già citato S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., che rappresenta una vera pietra miliare nello studio comparato dei diritti religiosi, si v.n.o, fra gli altri, M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione del diritto delle religioni del libro*, Editrice IANUA, Roma 2002; E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del «come se» tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano 2004; S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005; R. ALUFFI BECK PECCOZ, A. FERRARI, A. M. RABELLO, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino 2006; S. FERRARI, G. MORI (a cura di), *Religioni, diritti, comparazione*, Morcelliana, Brescia 2003.

³⁵ *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, edito da Il Mulino a partire dal 2001. Sulla rivista si v.n.o, in particolare: P. BELLINI, *Diritti secolari e diritti religiosi: questioni di metodo*, *ivi*, 2003, p. 217 ss.; E. DIENI, *Comparando comparazioni. Per una biblioteca di diritto comparato delle religioni*, *ivi*, p. 289 ss.; B. POZZO, *Diritto comparato e diritto comparato delle religioni: metodo e metodi della moderna comparatistica*, *ivi*, 2005, p. 157 ss.; P.G. MONATERI, *Comparare le comparazioni. Il problema della legittimità culturale e il «nomos» del diritto*, *ivi*, 2007, p. 289 ss.; R. MAZZOLA, *Metodologia ed «esperimento mentale» nello studio del diritto comparato delle religioni*, *ivi*, p. 315 ss.

³⁶ Per un'iniziale mappatura dell'insegnamento del diritto comparato delle religioni cfr. E. DIENI, *Il panorama dell'insegnamento del Diritto comparato delle religioni in Italia*, in *Daimon*, 2005, p. 169 ss. e più di recente P. CONSORTI, S. BALDETTI, M. GIUSTI, C. LAPI, L. LOCOROTONDO, *Gli insegnamenti di «Diritto comparato delle religioni» in Italia*, in *Daimon*, 2010-2011, p. 227 ss.

³⁷ Cfr. C. IANNAONE, *Corso di diritto ecclesiastico coloniale italiano*, Giuffrè, Milano 1939; A. BERTOLA, *Consuetudine e diritto musulmano nella giurisprudenza coloniale*, in *Riv. dir. col.*, 1941, p. 73 ss. Al termine del secondo conflitto mondiale, con la perdita delle colonie, l'interesse per il diritto islamico si va affievolendo fino a scomparire, per riemergere, con vivacità, in tempi più recenti.

³⁸ In seno all'Assemblea Costituente, anche un insigne giurista quale Giuseppe Dossetti

A sostegno di tale convinzione deponeva inoltre il fatto che quello canonico è un diritto religioso che più degli altri ha vissuto un processo di secolarizzazione e che, nei periodi di più intenso prestigio della Chiesa, ha esercitato una notevole influenza sull'esperienza giuridica e politica d'Europa, contribuendo a dare vita ad un concetto unitario di diritto – radicato nella creazione e nel disegno salvifico divino – che ha permeato il pensiero dello scienziato e dell'uomo medioevale³⁹. Seppure nell'epoca moderna, per ben note ragioni, non si possa più immaginare una identificazione concettuale del diritto ecclesiale con l'ordine giuridico secolare, tuttavia del patrimonio canonistico si è inteso «sottolineare e salvaguardare la giuridicità»⁴⁰ anche grazie al ricorso alla comparazione. Nel panorama italiano, la fecondità dei risultati della indagine comparatistica applicata al diritto canonico ha, per lungo tempo, assegnato agli altri diritti religiosi una collocazione assolutamente secondaria.

Anche in Europa l'idea di comparare i diritti delle religioni resta estranea alla cultura giuridica sino agli ultimi anni del '900. Non sono in verità mancati esempi di studiosi del diritto delle chiese cristiane riformate, del diritto islamico o ebraico, ma non si è venuta affermando una visione di insieme che, a partire da una concezione unitaria del fenomeno religioso e delle sue traduzioni nel mondo del diritto, avviasse una disamina organica delle analogie e delle differenze tra i sistemi giuridici delle diverse religioni e tra questi e gli ordinamenti secolari⁴¹.

non esitò a negare la natura di ordinamento giuridico originario e sovrano al diritto ebraico. Si vedano A. CAPITINI, P. LACAITA (a cura di), *Gli atti dell'Assemblea Costituente sull'art. 7*, Manduria-Perugia 1959, p. 411 s. Il primo a manifestare interesse per i diritti religiosi dell'islam e dell'ebraismo è stato il canonista Giuseppe Caputo che, con felice intuizione, dapprima ha riconosciuto come quella islamica, al pari di quella ebraica, siano grandi esperienze religiose e giuridiche del tutto paragonabili a quelle della Chiesa cattolica ed inoltre ha inaugurato un approccio metodologico basato «su una doppia comparazione: la comparazione tra i diritti a base religiosa e la comparazione dei diritti a base religiosa con i diritti a base secolare»: cfr. G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino 1990, p. 2 ss. L'importante eredità lasciata da Caputo sarebbe stata, da lì a qualche anno, raccolta ed ulteriormente sviluppata da una nuova generazione di studiosi del fenomeno religioso.

³⁹ Cfr. P. BELLINI, *Influenze del diritto canonico sul diritto pubblico europeo*, cit., p. 39; K. W. NÖRR, *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo: riflessioni dal punto di vista della identificazione del concetto di diritto*, in R. BERTOLINO, S. GHERRO, L. MUSSELLI, *Diritto canonico e comparazione*, cit., p. 15.

⁴⁰ R. BERTOLINO, *Introduzione alla tematica del Convegno*, *ivi*, p. 6.

⁴¹ Alcuni comparatisti hanno affrontato lo studio dei diritti religiosi dal loro peculiare punto di vista, ossia quello «dell'influenza che essi (i diritti religiosi ndr) hanno (o hanno avuto) sui diritti degli stati o delle comunità nazionali, che erano l'oggetto principale della comparazione. Ancor oggi molti testi di diritto comparato dedicano ampi cenni al diritto musul-

Dall'inizio del XXI secolo si sono compiuti innegabili progressi: da un lato ci si è opportunamente interrogati su cosa si debba intendere con il concetto di religione, nella assenza di definizioni normative e nella palese difficoltà di convergenza universale su una sua possibile definizione⁴².

Mano a mano, poi, che il concetto di religione si è “sganciato” dal paradigma del credo monoteista delle religioni celesti, da un lato si è concesso spazio e approfondimento ai saperi religiosi meno tradizionali⁴³, più degli altri rimasti ai margini dell'indagine dei giuristi. Dall'altro, i cultori dei profili giuridici delle comunità di fede hanno stabilito proficui rapporti di collaborazione con gli studiosi del diritto comparato, i quali, a loro volta, hanno sviluppato un interesse per i diritti delle religioni, riconoscendo ad essi un pieno diritto di cittadinanza nel mondo della comparazione⁴⁴. Ne

mano e altri, meno estesi, al diritto indù, ma nell'uno e nell'altro caso l'attenzione prestata a questi due diritti religiosi si spiega con il fatto che essi ispirano la legislazione di molti stati». Così S. FERRARI, *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, cit., p. 29. Accolgono questa particolare prospettiva comparatistica R. DAVID, *La place du droit canonique dans les études de droit comparé*, in AA.VV., *Actes du Congrès de droit canonique*, (Paris, 22-26 avril 1947), Letouzey & Ané, Paris 1947; P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, LGDJ, Paris 1950. Studi sulla comparazione giuridica meno risalenti, dedicano una riflessione più ampia ai diritti religiosi, come ad esempio M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati, Traccia di un corso*, ESI, Napoli 2002; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova 2004, rimanendo, pur sempre, voci fuori dal coro. Per ampiezza di ricerca è da segnalare la monumentale opera di H.P. GLENN, *Legal tradition of the world: Sustainable diversity in law*, V ed., Oxford University Press, Oxford 2014, che tuttavia si muove nella prospettiva di comparare prevalentemente i sistemi giuridici a forte matrice confessionale collocando l'elemento religioso nel *framework* della teoria delle tradizioni.

⁴² Ad una avveduta indagine comparatistica non può sfuggire, infatti, come gli ordinamenti giuridici – sia laici che confessionali – declinino istituti e situazioni nella prospettiva della valorizzazione di una propria e peculiare concezione del religioso. Si v., a questo proposito, lo studio comparato condotto da un gruppo di ecclesiastici e canonisti: AA.VV., *The Meaning of 'Religion' in Multicultural Societies Law*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, p. 1 ss. Di notevole interesse anche l'indagine sociologica sul concetto di religione, nella dicotomia privato-pubblico, condotta da A. SALVATORE, *Il “fondamentalismo” e i “nuovi movimenti”: fra razionalizzazione della condotta di vita e colonizzazione dello spazio pubblico*, in P. ANTES, P. DE MARCO, A. NESTI (a cura di), *Identità europea e diversità religiosa nel mutamento contemporaneo*, Angelo Pontecorboli, Firenze 1995, p. 197 ss.

⁴³ Quali, ad esempio, il buddismo, l'induismo, l'anglicanesimo, la Chiesa dei Santi degli ultimi giorni.

⁴⁴ Si vedano, fra gli altri, i significativi scritti di R. SACCO, *Sopranaturale e diritto nelle esperienze degli ultimi millenni*, in *Daimon*, 2002, p. 245 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano 1995; ID., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2005; H.J. BERMAN, *Comparative Law and Religion*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 739 ss.

è derivata una approfondita e più articolata riflessione sulle problematiche che gli studiosi dei diritti religiosi debbono affrontare, ed auspicabilmente superare, nel loro critico raffronto.

4. *Caratteristiche e criticità della comparazione dei diritti prodotti dalle religioni*

In generale, la caratteristica più evidente degli studi comparatistici apparsi finora è rappresentata dalla giustapposizione dei diversi diritti religiosi, approfonditi separatamente da studiosi differenti all'interno di una stessa opera, sovente non priva di essenziali cenni comparativi, più o meno sviluppati⁴⁵. In una buona parte dei casi, si tratta, peraltro, di rassegne paratattiche «che analizzano alcuni profili tematici descrivendone il regime nei diversi ordinamenti religiosi oppure nei diversi contesti regionali/nazionali», nelle quali la comparazione, quando presente, appare in filigrana, legata soprattutto alla sensibilità teorica o antropologica dei singoli studiosi⁴⁶. D'altro canto, ciò è attribuibile anche ad una situazione contingente: è pressoché impossibile trovare uno studioso che conosca perfettamente tutti i diritti religiosi tanto da poterli comparare in un'unica, medesima opera⁴⁷.

In generale, quindi l'approccio del comparatista del diritto prodotto dalle religioni si sostanzia nello studio delle regole che disciplinano lo stesso istituto in ordinamenti giuridici diversi, religiosi o laici: le confronta, le compara e perviene alla conclusione ultima se esse abbiano o non lo stesso contenuto, svolgano o meno la uguale funzione, rispondano o meno agli stessi principi informatori.

In verità, il metodo adottato, di tipo empirico-conoscitivo, non risulta del tutto persuasivo né dal punto di vista dell'oggetto della comparazione, poiché quando si focalizzi l'attenzione sul solo diritto vigente sfugge la

⁴⁵ Cfr. le opere dei comparatisti delle religioni: J. NEUSNER, T. SONN, *Comparing Religions through Law, Judaism and Islam*, Routledge, London-New York 1999 (un estratto del capitolo introduttivo dell'opera, intitolato *Comparare le religioni attraverso il diritto: Islam ed ebraismo*, è stato pubblicato in *Daimon*, 2001); R. ALUFFI BECK PECCOZ, A. FERRARI, A. M. RABELLO, *Il matrimonio*, cit.; D. ARIGHETTI-D. MILANI, A. M. RABELLO, *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Giapichelli, Torino 2013.

⁴⁶ Così M. RICCA, *Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, in *Daimon. Diritto comparato delle religioni. Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, numero speciale, 2017, p. 17.

⁴⁷ La riflessione è di S. FERRARI, *L'insostenibile leggerezza del movimento?*, in *Daimon*, 2017, p. 35.

pienezza e la *vis* insita nel diritto vivente; né – quanto è parimenti grave – sotto il profilo del suo soggetto, poiché è fatale che il giuscomparatista tenda a proiettare sul metodo impiegato il proprio *background* culturale.

Sotto quest'ultimo profilo, sono stati compiuti sforzi, anche secondo meritorie strategie diversificate, da esperti dei diversi diritti religiosi, i quali hanno proceduto a una lettura e discussione acribiche dei testi delle rispettive tradizioni giuridiche, affiancati utilmente dall'indispensabile aiuto di esperti linguisti e filologi; ne sono in tal modo conseguiti risultati più che apprezzabili⁴⁸.

Obiettivo auspicabile è, invero, raggiungere attraverso la comparazione una capacità di lettura più autenticamente pluralista dei diritti prodotti dalle singole comunità religiose, sia sotto il profilo della dialettica interna – con Silvio Ferrari è, infatti, da tener presente che «sia sincronicamente che diacronicamente sono esistiti ed esistono tanti diritti canonici, islamici ed ebraici»⁴⁹ – sia nella configurazione dei rapporti, simbiotici o conflittuali, intrattenuti con i sistemi giuridici esterni, religiosi o laici.

Il dialogo tra esperti dei diritti religiosi, pur seguitando a collocarsi prevalentemente nella dimensione microcomparatistica, è chiamato a produrre una riflessione nella quale la descrizione degli istituti e la comparazione dei diritti si sviluppino in maniera armonica⁵⁰.

Una fondata preoccupazione metodologica, che accompagna la conoscenza e il raffronto tra norme religiose, è rappresentata dalla formidabile difficoltà insita nella soluzione dei problemi di comprensione e di interpretazione. Come è stato osservato, «la linguistica e la semiotica, quand'anche queste ricerche possano aspirare allo *status* di scienze, assumono, per quanto riguarda le ricerche relative alle “teorie” dell'interpretazione, il ruolo metateorico di conoscenze di sfondo di cui le varie “teorie”, o meglio, le varie dottrine, devono tener conto»⁵¹.

È innegabile che ogni tipologia di interpretazione utilizzi chiavi esegetiche differenti e persegua finalità dissimili. Nello specifico, mentre l'interpretazione storico filologica mira a comprendere la volontà degli autori del testo, l'interpretazione giuridica e quella teologico-religiosa hanno finalità normative, ossia si propongono di interpretare la *ratio legis*, la volontà del dettato normativo, la cui esegesi viene adeguata ai contesti

⁴⁸ Ne dà conto, in modo esauriente, S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁴⁹ S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., p. 29 s.

⁵⁰ Operazione che mi pare felicemente condotta nell'ultimo lavoro pubblicato da S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna 2019.

⁵¹ Così C. LUZZATI, *Introduzione al tema*, cit., p. 46.

sociali in cui avviene la recezione⁵².

Il comparatista dei diritti di matrice religiosa deve dunque procedere all'interpretazione con ogni cautela possibile, «per piccoli passi su un terreno infido, e non per balzi audaci, propri di chi si libra per aria, sulle fragili ali di una tesi filosofica, ignaro di dove andrà ad atterrare»⁵³.

Sostanzialmente, mi pare, per due ragioni. La prima discende fisiologicamente dal fondamento eteronomo della norma religiosa: il diritto sacro va ricondotto ad un'autorità esterna e superiore all'uomo e non può essere pienamente decodificato attraverso chiavi di lettura razionali o etiche.

Va da sé che l'incontro tra le diverse esperienze religiose sia connotato dalla difficoltà – se non da una vera impossibilità – di esprimere l'ineffabile, l'ultraterreno, il metastorico con uno strumento finito quale è il linguaggio e la parola ad esso collegata.

La seconda ragione consiste nel fatto che lo studioso del diritto religioso deve necessariamente padroneggiare la lingua della religione e dei suoi testi⁵⁴. Nella comparazione delle norme religiose lo studioso si trova di fronte, oltre che ad un sistema di credenze, ai testi sacri su cui si fondano le credenze ed i precetti ad esse legati.

Questa osservazione riconduce, di necessità, il ragionamento all'oggetto della comparazione ed impone di interrogarsi se questo sia rappresentato dalle fonti (si tratti, a seconda dei casi, di testi sacri, di *responsa*, di codici, di collezioni di canoni) o dalle prassi attraverso le quali queste trovano applicazione nella vita quotidiana dei destinatari. In altri termini, oggetto della comparazione è il diritto vigente o quello vivente?

La vera questione concerne il modo in cui la norma religiosa – percepita e vissuta come obbligatoria *in foro interno* dal fedele – travalichi la dimensione intra-subiettiva per emergere in quella inter-subiettiva e comunitaria, plasmando la società e gli individui che con essa si relazionano. E così, mi pare che il cultore del diritto comparato delle religioni non possa limitarsi allo studio dei precetti contenuti nei testi sacri poiché è (o deve essere) consapevole che il testo scritto, per quanto imprescindibile punto d'avvio della comparazione, non è di per sé norma, ma rappresenta piuttosto la

⁵² E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II ed. corretta ed ampliata da G. Crifò, Giuffrè, Milano 1990, p. 790.

⁵³ C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁴ La traduzione della norma religiosa pone più di un problema. Osserva M. GRAZIADEI, *Il diritto comparato delle religioni in movimento*, in *Daimon*, 2017, p. 9 come non sia un caso «che le moderne teorie della traduzione debbano qualcosa agli studi di Eugene Nida sulla traduzione della Bibbia nelle varie lingue del mondo».

«promessa di una norma»⁵⁵, il cui avveramento il redattore ha affidato ad una comunità.

La norma legata alla pratica religiosa, dunque, non si ipostatizza in un modello teoretico, in un precetto primigenio asettico, ideale; si inverte piuttosto nell'esperienza vissuta dal singolo e dalla comunità. Risulta così adattabile alle mutate circostanze, variabile, nel tempo influenzabile da una molteplicità di fattori: la comparazione dei diritti religiosi dovrebbe tenere conto di queste caratteristiche.

Tuttavia, qualora si concordi sul fatto che oggetto della comparazione sia la norma vivente e non il testo che la contiene, ci si avvede del rischio della dissoluzione della disposizione testuale nella infinita e multiforme varietà di applicazioni concrete che essa riceve (e ha ricevuto) nel tempo e nello spazio.

Si potrebbe portare ad esempio incisivo quanto prescritto, riguardo i matrimoni interreligiosi nel diritto canonico, nel diritto ebraico e nel diritto islamico, dai codici della Chiesa cattolica latina e orientale, dal Talmud o dai testi sacri dell'Islam, i quali rappresentano ancora oggi l'imprescindibile punto di partenza per affrontare lo studio del tema. Quella contenuta nei testi citati rappresenta, in sostanza, la concretizzazione della promessa di norma, in quelle comunità di fede, in un momento della loro storia. D'altro canto è innegabile come non sia l'unica concretizzazione possibile. Occorrerà quindi comparare sia le promesse di norme, così come le dinamiche interpretative che hanno dato vita alla loro applicazione effettiva nella esistenza degli individui e nelle comunità di fede. Entrambi i termini della comparazione risultano pertanto parimenti necessari⁵⁶.

5. *La possibile ermeneutica del diritto comparato delle religioni*

Le religioni hanno, fin dall'antichità, connaturata una dimensione transnazionale: lo insegnano adeguatamente la storia del buddhismo, del cristianesimo, dell'ebraismo e dell'islam.

Tuttavia è innegabile che fattori quali l'intensificarsi dei flussi migratori e i recenti progressi nel campo delle nuove tecnologie e delle reti di comunicazione globale, con la loro promessa di un futuro "villaggio globale", abbiano contribuito, negli ultimi decenni, ad una più assidua

⁵⁵ *Ivi.*, p. 10. L'Autore sottolinea come la relazione tra testo e norma sia uno dei problemi più significativi dello studio del diritto comparato delle religioni, «e più in generale del diritto *tout court*».

⁵⁶ Si v. no le pagine di S. FERRARI, *L'insostenibile leggerezza del movimento?*, cit., p. 38 s.

presenza e a una meglio avvertita vicinanza dell'altro religioso – reale o virtuale che sia – trasformando in modo radicale molti aspetti del panorama religioso mondiale⁵⁷.

Il transnazionalismo religioso prodotto dalla globalizzazione è qualcosa di nuovo e assai complesso che vede notevolmente accresciuta la possibilità di un contatto e di un confronto tra culture e tradizioni religiose nello spazio pubblico⁵⁸. La società civile, così come le comunità di fede, sono chiamate ad affrontare la sfida della diversità nella dimensione plurale: si tratta di una richiesta imperiosa, a cui è necessario dare risposta.

Difatti, l'attuale contesto delle cosiddette “democrazie difficili”⁵⁹, caratterizzato da conflitti etnici, culturali e religiosi di ardua composizione, è particolarmente esposto al rischio del «cattivo pluralismo», ossia di un pluralismo oggettivo, privo di confronto tra gruppi identitari «chiusi in se stessi come in tanti ghetti, indifferenti gli uni verso gli altri, o, peggio, tra loro ostili», secondo il modello del «multiculturalismo a mosaico»⁶⁰. Il pericolo del nostro tempo è incarnato nella paura del “tutto unico” globale e nell'ossessione identitaria delle “piccole patrie”, ovvero nella tendenza a rifugiarsi «sotto il mantello protettivo di tradizioni e religioni»⁶¹ per vivere l'illusione del senso di appartenenza ad una comunità omogenea, che si distingue per le proprie caratteristiche.

Le conoscenze che derivano da un'analisi comparata dei diritti delle comunità di fede, dimostra che tutte le religioni hanno, da sempre, dovuto affrontare il problema dell'“altro” e hanno perciò approntato modelli e strategie di inclusione – più o meno efficaci – per risolvere i problemi pratici di convivenza tra “diversi”. Comparare i diritti religiosi significa anche verificare la loro capacità di garantire, in concreto, la dignità di tutte le

⁵⁷ Nella società globale credenze e pratiche religiose oramai non si diffondono necessariamente tramite l'opera missionaria o sull'onda dei flussi migratori, come dimostra chiaramente la popolarità raggiunta in Occidente da elementi della spiritualità orientale quali lo zen, lo yoga, e, più in generale, da vari tipi di meditazione: cfr. U. DESSI, *Religioni e globalizzazione. Un'introduzione*, Carocci, Roma 2019.

⁵⁸ Parla, al riguardo, di una «complessa rete di macro-fenomeni» che debbono essere letti e interpretati «in chiave sistemica», R. MAZZOLA, *Diritto alla paura e doveri di solidarietà sociale nel quadro normativo italiano vigente. Una difficile convivenza*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2019, p. 351 ss.

⁵⁹ Si potrebbe, credo, parlare di “democrazie deludenti” che, alla prova della globalizzazione, non hanno saputo tener fede alle promesse di uguaglianza, libertà, fratellanza fra gli uomini.

⁶⁰ In questo senso E. BEIN RICCO, *La laicità come forma dell'agire politico*, cit., p. 62. Parla di «una realtà lottizzata per appartenenze giuridico- religiose» M. RICCA, *Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, cit., p. 27.

⁶¹ Cfr. A. PROSPERI, *Identità. L'altra faccia della storia*, Laterza, Roma, Bari 2016, p. 9.

persone, di accogliere e valorizzare le distinzioni identitarie, in un percorso propedeutico alla vera integrazione.

Non v'è dubbio che vivere assieme in modo inclusivo possa essere possibile solo attraverso l'accettazione e la pratica di una eguaglianza fondata sulla diversità delle culture, delle tradizioni e dei credo religiosi.

Sotto un profilo di strategia politica, dunque, un obiettivo fondamentale della comparazione dei diritti delle religioni è rappresentato dal fornire un complesso di competenze che rendano capaci di cogliere suggestioni efficaci a far fronte all'emergenza sociale e gestire le incognite della postmodernità. Competenze imprescindibili per lo Stato democratico e laico, tenuto a scongiurare il rischio di quella che è stata definita, con grande efficacia, la «rinascita della mentalità tribale», insita nelle politiche nazionalistiche e xenofobe, «che incitano a innalzare muri, sigillare frontiere ed estradare stranieri»⁶², con l'intento di dare vita ad un «noi compatto» che teme il diverso e ignora i punti di vista plurali di una società eterogenea⁶³.

Per contro, i diritti prodotti dalle religioni sono diritti de-territorializzati, privi di Stato e di confini nazionali – dunque, per vocazione, globali – ispirati da una attenzione per l'uomo che rappresenta la loro straordinaria ricchezza e si traduce in una potenzialità, che può venir ottimizzata dall'utilizzo dei mezzi della scienza comparatistica⁶⁴. Esplorare, attraverso i mezzi offerti dalla comparazione giuridica, l'abilità dei diritti religiosi di «offrire *inputs* significativi per riformulare il modello di gestione della diversità culturale e religiosa è un lavoro a cui il diritto comparato delle religioni potrebbe dare un contributo importante»⁶⁵.

La comparazione dei diritti confessionali mi sembra, però, chiamata ad uno sforzo ulteriore per contribuire allo sviluppo di nuove prospettive di studio, a mio avviso, promettenti poiché permetterebbero di conoscere e confrontare tra loro le diverse modalità in cui, non più solo le religioni tradizionali, ma anche le nuove forme di spiritualità e i singoli fedeli, cercano di riorientarsi all'interno di un mondo globalizzato, contribuendo allo stesso tempo a perpetuarne le dinamiche.

I credo e le regole religiose viaggiano con le persone, costituiscono il

⁶² Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Laterza, Roma, Bari 2017, pp. 50, 64.

⁶³ E. BEIN RICCO, *La laicità come forma dell'agire politico*, cit., p. 63.

⁶⁴ «I comparatisti devono acquisire consapevolezza ... della necessità della loro collaborazione nella determinazione del senso di un'esperienza giuridica che si fa sempre più trans-locale e multisituata ... Questi discorsi valgono ancora di più per i diritti religiosi, considerata la loro ancestrale vocazione al movimento e la loro tendenza a multisituarsi». Cfr. M. RICCA, *Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, cit., p. 24.

⁶⁵ Così S. FERRARI, *L'insostenibile leggerezza del movimento?*, cit., p. 41.

prezioso bagaglio – a volte l'unico – che ciascuno porta caricato sulle spalle e scolpito nel cuore; nell'attuale dimensione fluida di «gente in movimento tra circuiti territoriali e culturali differenti»⁶⁶ si produce l'esperienza giuridica delle religioni, che necessita di essere continuamente ri-contestualizzata, secondo una competenza cognitiva cosmopolita.

Gli individui, nella società postmoderna, non possono più essere sigillati «nei gusci delle rispettive culture, credenze religiose, appartenenze di vario tipo»; il recinto rassicurante dell'appartenenza confessionale spesso non appaga il bisogno di spiritualità del singolo, che sempre più di sovente è alla ricerca di una verità non standardizzata e offre risposte personali ad espressione del proprio sentimento religioso, irreligioso, areligioso. Le schematizzazioni rigide, nella odierna realtà, non incontrano un esatto corrispettivo: «il diritto comparato delle religioni dovrebbe far tesoro di questa lezione, soprattutto nel momento in cui, viceversa, si può manifestare una tendenza all'omologazione delle diverse esperienze religiose, o culturali»⁶⁷.

I fedeli immigrati di seconda o terza generazione, che vivono in contesti politico culturali diversi e lontani da quelli di provenienza, con cui spesso hanno perso lo stretto contatto, i convertiti così come i dissidenti⁶⁸ si relazionano con le religioni e i loro diritti in maniera – più o meno – originale e pongono quesiti diversificati, stimolando – e così valorizzando – la capacità della esperienza giuridica confessionale di offrire una risposta personalizzata, funzionale al raggiungimento del fine che si prefigge, «senza schiacciare i diritti individuali sotto il peso dei diritti collettivi o “di gruppo”»⁶⁹.

Molti potrebbero, al riguardo, dubitare dell'opportunità di fare ricorso a strumenti tanto inclusivi da ricomprendere nei possibili oggetti di interesse del diritto comparato delle religioni tutti gli aspetti della vita spirituale dell'individuo suscettibili di avere incisive ricadute nella dimensione intersubiettiva: non si sarebbe, a quel punto, fuori dal campo del diritto, ben oltre la dimensione giuridica?

Al contrario, conoscere e comprendere le condotte delle persone e quindi gli schemi di rappresentazione che guidano il loro agire «è fare diritto positivo nel senso più genuino del termine»; un modo di fare diritto che

⁶⁶ M. RICCA, *Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, cit., p. 22.

⁶⁷ M. GRAZIADEI, *Il diritto comparato delle religioni in movimento*, cit., p. 13.

⁶⁸ Si intende fare riferimento alla dimensione personale dell'individuo che si ritiene religioso pur senza aderire ad una confessione religiosa o esprimendo posizioni di dissenso dalla medesima.

⁶⁹ S. FERRARI, *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 15.

dovrebbe divenire proprio del comparatista delle norme religiose in quanto rappresenta «un passaggio obbligato nella comprensione delle conseguenze di quel che si fa come individui *qui e adesso*»⁷⁰. Come è stato osservato, quando il diritto viene affrontato dal particolare angolo prospettico del comparatista delle religioni, piuttosto che da quello del giuscomparatista, è ragionevole attendersi venga posta una speciale enfasi su quegli aspetti della legge che trattano della sfera intima e spirituale del singolo⁷¹.

Forse è questo il miglior contributo che il diritto comparato delle religioni possa dare al dialogo interculturale e interreligioso: la costruzione di una visione validamente pluralista che implichi, come punto di non ritorno, il riconoscimento pieno della dignità e della pacifica coesistenza delle religioni.

A ben vedere significa compiere la scelta, non facile né scontata, di valorizzazione delle differenze come dono reciproco. Questa mi pare essere – da ultimo – la possibile, utile indicazione per non smarrire la strada che porta alla *città*, ovvero alla realtà locale che la dimensione globale non ha travolto e a cui risulta tuttora affidato il compito di individuare e governare un sistema di valori compatibili con un'esistenza veramente umana, che prelude alla costruzione di una *cittadinanza* partecipata e condivisa.

⁷⁰ M. RICCA, *Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, cit., p. 23.

⁷¹ «Lo stesso uso di termini come “diritto ebraico” e “diritto islamico”, persino l'utilizzo della nozione di “sistemi giuridici religiosi”, mettono in discussione queste questioni cruciali. L'ebraismo è una cultura che ricomprende sia una sfera pubblica sia una privata. Per l'Islam vale lo stesso. L'ebraismo ha l'*halakhah*. L'Islam ha la *shari'a*. All'interno di queste due culture c'è uno scontro circa l'appartenenza della *halakhah/shari'a* alla sfera pubblica o privata. Vanno considerate come parte del diritto o della religione?». Così B.S. JACKSON, *Il diritto comparato delle religioni dall'interno e dall'esterno. La prospettiva del diritto ebraico*, in *Daimon*, 2002, p. 260.

Roberto Mazzola

Diritti inutili?

La variabile “religiosa” nelle dinamiche del diritto comparato

SOMMARIO: 1. Comparare l'incomparabile? Qualche osservazione preliminare su comparazione e diritto religioso – 2. La variabile “religiosa” nelle dinamiche del diritto comparato: un fattore di complessità – 3. Circa l'utilità o l'inutilità dello studio dei diritti religiosi.

1. *Comparare l'incomparabile? Qualche osservazione preliminare su comparazione e diritto religioso*

Prima ancora di provare a rispondere, in prospettiva comparatistica, all'interrogativo di fondo in merito all'utilità o inutilità dei diritti religiosi, è prioritario ricordare due basilari assiomi della cultura giuridica novecentesca fatti propri dalla scienza comparatistica: innanzitutto il fatto, ricordava più di un secolo fa Santi Romano, che la categoria di «ordinamento giuridico» non si esaurisce entro i confini della “statualità”, ma si dilata fino al punto di coincidere e sovrapporsi con qualunque forma di organizzazione sociale¹: là dove esiste una società (*ubi societas*) vive e si sviluppa anche il diritto (*ibi ius*). «Ciò che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*)»². Si tratta della convinzione, tutta hegeliana, della superiorità delle istituzioni sulla persona e la consapevolezza della debolezza del singolo individuo il quale, senza istituzioni, e quindi senza diritto, diviene irrimediabilmente fragile. Il diritto, le istituzioni, in una parola gli ordinamenti giuridici, servono a vincere le debolezze e le limitazioni dei singoli individui; aiutano a superare la loro caducità, a perpetuare certi fini «al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli»³. Dunque, tutto ciò che non è sociale non è diritto e pertanto ciò che non ha per sé tale carattere rimane fuori dalla cittadella giuridica fintantoché non è sistemato

¹ Cfr. A. GUARINO, *Le chiese e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini, Cosenza 2008.

² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Sansoni, Firenze 1945, p. 21. Si legga anche: P. GHERRI, *Ordinamento giuridico e Diritto canonico: il contributo strutturante di Santi Romano*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2018, p. 18 ss.

³ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 36.

in un'istituzione, «finché non è plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest'ultima»⁴.

Dall'altra, e il diritto comparato fa di tale presupposto una delle pietre angolari del proprio codice epistemologico, tutti gli ordinamenti giuridici si trovano sullo stesso piano, diversi per eziologia e finalità, ma uguali per dignità. Gorla, nella voce «Diritto comparato straniero» dell'Enciclopedia giuridica⁵, alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo, sottolineava come il più grande insegnamento che il diritto comparato può dare è quello di considerare il diritto nazionale sullo stesso piano degli altri diritti. La teorica del diritto comparato, così come la linguistica, non a caso si sono sviluppate nella direzione di non considerare alcuni ordinamenti giuridici o alcune lingue «naturalmente superiori». «Certamente nel diritto sussiste» – osserva Poggeschi – «un senso di superiorità dei giuristi occidentali rispetto agli altri, ma sempre di più il diritto degli altri Paesi e delle altre famiglie giuridiche viene considerato degno di attenzione, se non pari»⁶. Dunque, come osserva una larga parte della dottrina comparatistica, non esistono modelli di ordinamento giuridico non comparabili. La comparazione, scrive Sacco, è aperta ad ogni modello giuridico, ad ogni forma di espressione e di organizzazione del diritto. Smarcata dall'oppressivo vincolo del principio di non contraddizione, per i comparatisti «qualunque modello è vero se concretamente esistito, e qualunque modello che di fatto è vero ha tanta legittimità come qualsiasi altro modello che di fatto è parimenti vero ... Nel campo della comparazione i vari modelli che si alternano sono tutti veri e reali»⁷.

Tutto ciò vale anche per i diritti religiosi? In larga parte sì. Nella misura in cui la religiosità, in forme varie, si esprime e si organizza attraverso la dimensione comunitaria dando vita a «società organizzate di fede», la formula fondata sul nesso tra società e diritto certamente vale anche per esse, tanto che si potrebbe affermare che: *ubi religio ibi ius*. Uno *ius* è «reale» e «vero», per dirla alla Sacco, sia quando assume le forme semplici dello statuto, ex art. 8 comma 2 Cost., sia quando si presenta come ordinamento

⁴ *Ivi*, p. 37.

⁵ G. GORLA, voce *Diritto comparato straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1988, p. 1 ss.

⁶ G. POGGESCHI, *Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018, p. 419 ss., spec. p. 450.

⁷ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato. Lezioni raccolte ad uso degli Studenti*, Giappichelli, Torino 1980, p. 35.

giuridico primario, indipendente e sovrano, come accade con alcune confessioni religiose storiche (art. 7 comma 1 Cost.). Dopo Santi Romano e Scaduto nessuno può infatti contestare il fatto che una confessione religiosa dia luogo a un ordinamento giuridico originario⁸, a qualcosa, insomma, di differente rispetto a una mera associazione, in quanto si tratta di un fenomeno «originato dal cosiddetto impulso organizzatorio del gruppo sociale; ... un evento che prescinde dall'esistenza o dalla successiva creazione di un ente esponenziale, quale potrebbe essere un'associazione»⁹.

Tuttavia, questo quadro interpretativo coglie solo una parte di verità. Nello schema epistemologico di Santi Romano manca il lato interiore del diritto, ciò che non appare perché nascosto tra le membrane della coscienza. Il diritto visto da parte religiosa, infatti, non si declina solo in un “noi” ma coinvolge anche i singoli “io” che concorrono a formare la *communitas fidelium*: non solo, dunque, *ubi societas ibi ius*, ma anche, e oserei dire soprattutto, *ubi conscientia ibi ius*. Come osserva infatti Berlingò, per il tramite dell'*epikeia*, che non è solo virtù morale, ma innanzitutto principio di giustizia, l'ordinamento giuridico religioso giunge ad autorizzare *il singolo fedele* «a darsi una norma specifica “*contra legem*”, purché rimanga in linea con la razionalità radicale dell'ordinamento profondamente interiorizzata e ad un tempo comunitariamente testata, alla luce del comandamento evangelico della carità ed in forza di procedure ispirate alle forme e scandite dai ritmi della correzione fraterna (Mt18, 15-18)»¹⁰. Non a caso la *dispensatio* latina della *revelatio Ecclesiae* «è resa nel linguaggio orientale con il termine *oikonomia*, che suona come “regola della casa” o “familiare ius”»¹¹, espressione di un “cristianesimo familiare” e di una giuridicità religiosa intima e interiore propria delle comunità cristiane più antiche.

Rimane dunque da capire se questa articolata ed eccentrica giuridicità interessi o non i comparatisti, e più in generale la scienza giuridica: perché mai occuparsi, per di più in chiave comparativa, dei diritti religiosi?

Il dubbio è fondato, in quanto non poca dottrina, soprattutto giuspubblicistica, di fronte alla dimensione religiosa continua ad oscillare fra l'indifferenza ironica e l'insofferenza, propria di un laicismo *de combat*¹²,

⁸ Si v. al riguardo Corte cost., 27 aprile 1993 n. 195, par. 5.

⁹ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IV ed., aggiornamento a cura di A. Bettetini e G. Lo Castro, Zanichelli, Bologna 2012, p. 48.

¹⁰ S. BERLINGÒ, *La chiesa e il diritto (agli albori del ventunesimo secolo)*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2009, p. 7.

¹¹ *Ibid.*

¹² Emblematica al riguardo la riflessione di R. BIN, *Libertà dalla religione*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 39 ss.

espressione di un complesso, contraddittorio e mal risolto processo storico culturale di secolarizzazione che, se da una parte ha via via espunto la dimensione del sacro dal linguaggio giuridico e politico ridefinendo un codice della modernità del tutto privo del dato *Rivelato*, dall'altra, in forma dissimulata, ha conservato un lessico e una grammatica giuridica indiscutibilmente debitrice di un'antica saggezza sapienziale di matrice giudaico-cristiana. Scrive al riguardo Guardini: «dall'inizio del tempo moderno si viene elaborando una cultura non-cristiana. Per lungo tempo la negazione si è diretta solo contro il contenuto stesso della *Rivelazione*; non (però) contro i valori etici, individuali e sociali, che si sono sviluppati sotto il suo influsso»¹³, anzi, paradossalmente la cultura moderna, compresa la scienza giuridica, ha preteso riposare su quei valori, quelli, per intenderci: della "personalità", della "dignità individuale", del "rispetto reciproco", dell'"aiuto scambievole" che senza la *Rivelazione* non si sarebbero potuti sviluppare. È infatti proprio grazie alla dimensione religiosa, continua Guardini: «che si liberano nell'uomo delle forze che sono per sé "naturali", ma non si svilupperebbero al di fuori di quell'economia. L'uomo diviene consapevole di valori che per sé sono evidenti ma divengono visibili solo in quell'atmosfera. L'idea che questi valori e questi atteggiamenti appartengano semplicemente all'evoluzione della natura umana, mostra di misconoscere il vero stato di cose»¹⁴.

Si può condividere o meno questa analisi, così come si può essere d'accordo oppure no su quella che viene definita la "moderna slealtà", ovvero l'atteggiamento doppiogiochista che da un lato rifiuta la dottrina e l'ordine cristiano della vita, e, dall'altro, rivendica a sé le conseguenze umane e culturali di quella stessa dottrina. Ciò che tuttavia non può essere sdoganato come marginale è che il fattore religioso, anche nella sua dimensione istituzionale di organizzazione del sacro, interroga seriamente il diritto, compreso quello secolare, e lo fa nella sua forma più elementare e radicale, incidendo sul modo di vivere individuale e sociale delle persone.

Le religioni attraverso le loro norme, orientano, infatti, lo stile di vita

¹³ R. GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna*, Morcelliana, Brescia 2007, p. 98 s. Cfr. anche M. SHOLZ-ZAPPA, *Romano Guardini e l'ambiguità dell'epoca moderna*, in *Nuovo giorn. Fil. rel.*, 2019, p. 76 ss.

¹⁴ R. GUARDINI, *op. cit.*, p. 99. In questo senso va riletto il rinnovato dualismo fra *ius* e *lex*, dove lo *ius* non è più riconducibile agli schemi del "diritto naturale" di tradizione giusnaturalistica, ma piuttosto all'essenza dei valori costituzionali così come rielaborati dai giudici delle leggi all'interno della categoria dei "principi supremi" costituzionali. Si v. al riguardo, ad esempio, Corte Cost., 15-29 dicembre 1988 n. 1146. Si legga anche M. VOGLIOTTI, *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, in *Giorn. st. cost.*, 2019, p. 55 ss.

tanto degli individui quanto delle comunità in cui questi ultimi vivono, condizionando il loro modo di essere. Indipendentemente da quanto ci possa essere di vero in una prescrizione religiosa, sta il fatto che il destinatario di essa, se coerente alla propria scelta di fede, s’impegna a vivere in maniera conseguente al proprio credo, testimoniando quotidianamente, prima di tutto a sé stesso, e poi agli altri, che la vita è di una «tremenda serietà»¹⁵.

2. La variabile “religiosa” nelle dinamiche del diritto comparato: un fattore di complessità

La credenza religiosa declinata in forma giuridica non è, dunque, che «un appassionato desiderio per un sistema di riferimento»¹⁶, lo spazio dove poter pensare al senso della vita, perché quest’ultimo, osservava Wittgenstein, «non va cercato nella sfera della conoscenza scientifica, ma in quella dell’etica, dell’estetica e della religione»¹⁷. Essa, benché «sia una fede, è anche un modo di vivere, o di giudicare la vita ... un modo appassionato di adottare una certa concezione»¹⁸, perché l’uomo che si rimette a questa esperienza, quella del sacro e del trascendente, facendoli entrare nell’arco della propria quotidianità, dimostra di avere fiducia incrollabile in ciò che crede, che non manifesta attraverso ragionamenti, ma con il fatto di conformare al proprio credo l’intera sua vita, in modo assolutamente libero¹⁹. La fede, scriveva ancora il filosofo austriaco, è «ciò di cui ha bisogno il mio cuore, la mia anima, non il mio intelletto speculativo. Perché è la mia anima, con le sue passioni, quasi con la sua carne e il sangue, che deve essere redenta, non il mio spirito astratto»²⁰. Insomma, nella misura in cui i diritti religiosi si occupano dell’agire dell’uomo, come singolo o come parte di una comunità²¹, anche questi ultimi meritano di essere oggetto di comparazione,

¹⁵ L. WITTGENSTEIN, *Movimenti del pensiero. Diari 1930-32/1936-37*, trad.it. a cura di M. Ranchetti, Quodlibet, Macerata 1999, p. 96.

¹⁶ L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, trad.it. a cura di M. Ranchetti, Adelphi, Milano 1980, p. 120.

¹⁷ A. PIERETTI, *Wittgenstein: la religione come forme di vita*, www.filosofiadellareligione.it/index.php/2-primo-piano/92-wittgenstein-la-religione-come-forma-di-vita. Si legga anche dello stesso autore: *Wittgenstein. Risvegliarsi al senso*, Marietti, Genova 2017, p. 45.

¹⁸ L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, cit., p. 120.

¹⁹ Cfr. A. PIERETTI, *op.cit.*, p. 45 ss.

²⁰ L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, cit., p. 68 s.

²¹ Ascoltare la Parola e non agire di conseguenza è «come un uomo che si guarda allo specchio» – osserva E. CARRÈRE, *Il Regno*, trad.it. a cura di F. Bergamasco, Adelphi, Milano 2015,

pur consapevoli delle indiscutibili differenze²².

I diritti secolare e religioso, dunque, non solo sperimentano profili di convergenza, ma condividono, in generale, analoghi approcci cognitivi, quelli del diritto comparato più in generale, dell'antropologia e della sociologia²³, anche se, osservava Renard nel lontano 1938, bisogna essere consapevoli che la metodologia comparata quando viene estesa ai diritti religiosi è possibile solo a condizione che prenda atto del "cambiamento di registro", ovvero, sia consapevole del mutamento del punto di osservazione, e quindi del fatto che il fattore "religioso" introduce, nelle dinamiche e nella geometria della scienza comparata, un indiscutibile elemento di *complessità*, tanto procedurale quanto sostanziale. La dimenticanza o la mancata consapevolezza di ciò spiega l'approccio spesso superficiale da parte dei manuali di diritto comparato del fenomeno giuridico religioso.

«Potrebbe aver contribuito a sviluppare questo approccio la convinzione secondo cui il mondo attuale è avviato ad ulteriori ondate di secolarizzazione. D'altra parte, molti comparatisti hanno una vita precedente, cioè un'esperienza scientifica maturata sul terreno del diritto positivo di matrice statale. Non si può escludere che il peccato d'origine ... abbia condizionato gli svolgimenti successivi. Forse non è un caso che studiosi di diritto comparato con una formazione di diritto internazionale privato abbiano manifestato qualche maggiore sensibilità al riguardo»²⁴.

Ma in che cosa consiste tale *complessità* e come si manifesta?

Il fenomeno è particolarmente articolato. Innanzitutto rileva il fatto che quando si ha a che fare con i diritti religiosi possono essere molteplici e multiformi gli oggetti della comparazione. Fintantoché ci si muove in una prospettiva statale è evidente che l'oggetto da comparare siano le norme statuali o gli istituti e i negozi giuridici che sostanziano i differenti sistemi normativi secolari. Viceversa, in riferimento al fenomeno religioso, l'oggetto da comparare può venire ad assumere forme e combinazioni varie. Si potrebbe optare, ad esempio, per l'analisi dei differenti «diritti ecclesiastici»

p. 314 – «e se ne va, e subito dimentica com'era. Ma chi studia la Legge, quella che rende liberi, e non soltanto la studia ma la mette in pratica, questi troverà la felicità nelle sue azioni».

²² Come osserva M. GRAZIADEI, *Il diritto delle religioni in movimento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, Fascicolo speciale – *Dove va il diritto comparato delle religioni? Spunti di riflessione e discussione*, 2017, p. 3 ss., spec. p. 6: «Le comunità religiose hanno ordinamenti giuridici di carattere religioso, i quali si distinguono da quelli di carattere civile, poiché alla radice, nella loro essenza, sono dati in modo eteronomo». Si v. a questo riguardo anche S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni: Ebraismo, Islam e Induismo*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 43 ss.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ivi*, p. 11.

o «diritti pubblici delle religioni»²⁵, al fine di soddisfare o esigenze di natura formativa o istanze di carattere più squisitamente forense. Nei corsi di formazione alla cittadinanza nell’ambito delle attività di terzo settore svolte da alcuni atenei, l’esame comparato dei differenti modi di regolare i rapporti fra Stato e organizzazioni religiose potrebbe essere utile per offrire alle parti sociali una più approfondita e meno stereotipata interpretazione dei fenomeni politico sociali connessi alle società pluraliste e multireligiose. In altri casi, sono esigenze istituzionali a indirizzare la comparazione verso lo studio delle norme di diritto ecclesiastico. Ad esempio, per un giudice italiano la conoscenza della normativa in materia di rapporti fra Stato e confessioni religiose di un particolare ordinamento giuridico straniero sarà dirimente per il riconoscimento degli effetti civili di un matrimonio canonico contratto da cittadini italiani all’estero²⁶.

La verità è che, a prescindere dalle motivazioni, un’analisi comparata di questo tipo pone seri problemi metodologici. Se l’obiettivo è quello di non ridurre la comparazione ad una mera classificazione delle differenze, spingendosi ad ipotizzare una reale circolazione di modelli normativi dando vita, grazie a forme di *metissage* normativo, a nuovi istituti giuridici, o a nuove soluzioni nel regolare i rapporti fra istituzioni statali e organizzazioni religiose, il rischio è di fallire tale obiettivo. Le ragioni di questo scetticismo vanno ravvisate innanzitutto nella normativa UE che, grazie alla Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam del 1997²⁷ e al successivo art. 17 comma 1 TFUE del 2009, è riuscita a stringere un cordone protettivo intorno ai differenti diritti ecclesiastici nazionali. Analoga funzione sta svolgendo da tempo anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, grazie ad un’estesa applicazione del principio del “margine di apprezzamento”. In entrambi i casi il fine è la tutela del principio di riserva assoluta di autonomia degli Stati membri nel regolare i rapporti con le proprie organizzazioni religiose. Come recita infatti l’art. 17, comma 1, TFUE: «L’Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale», riproducendo, pari pari, la formula già contenuta nella Dichiarazione n. 11 secondo cui «L’Unione europea rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri. L’Unione europea rispetta ugualmente lo status delle

²⁵ Cfr. N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012.

²⁶ F. FINOCCHIARO, *op.cit.*, p. 332.

²⁷ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull’Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi del 2 ottobre 1997.

organizzazioni filosofiche e non confessionali».

In una prospettiva protezionistica di questo tipo, dunque, i dazi da pagare per la circolazione dei modelli giuridici sono troppo alti, rendendo difficile una comparazione che voglia oltrepassare le colonne d'Ercole della mera classificazione di tipo "filatelico". Né a salvare la situazione può concorrere di certo il comma 3 dell'art. 17 TFUE, in quanto la finestra di dialogo aperta da questa norma²⁸ di fatto non incide più di tanto sulle dinamiche comparative²⁹.

Il metodo comparato potrebbe però ignorare completamente le norme statuali destinate a regolare il fenomeno religioso organizzato, dedicandosi, invece, al confronto fra ordinamento statale e norme religiose. È quello che, a partire dalla promulgazione della legge 25 marzo 1985 n. 121 e dall'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396, artt. 63 comma 2 lett. h, 69 lett. d, 49 lett. h, avviene nelle aule delle Corti d'appello italiane nell'ambito del procedimento di delibazione finalizzato al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità agli effetti civili pronunciate dai Tribunali ecclesiastici territorialmente competenti. In tale frangente, infatti, i principi che concorrono a sostanziare la categoria di ordine pubblico italiano vengono utilizzati per scannerizzare l'impianto argomentativo della sentenza pronunciata dal giudice ecclesiastico, la cui pronuncia, basata su norme di diritto religioso (diritto canonico), potrà essere riconosciuta efficace solo se rispondente alla ratio di fondo del sistema giuridico statale.

Tuttavia, al di là dell'approccio "sincronico", la comparazione giuridica fra dimensione statale e religiosa può indirizzarsi, in chiave "diacronica", anche verso altri obiettivi, ricercando, ad esempio, il codice genetico primordiale di alcuni istituti giuridici statuali per capirne meglio l'eziologia e la ratio. Penso al *Penitenziale* di San Colombano, uno dei documenti più preziosi per lo studio della dottrina della penitenza nella Chiesa Irlandese, il quale non solo ebbe un'influenza significativa sullo sviluppo della nuova teologia del Sacramento della Penitenza all'interno del diritto canonico classico, ma gettò le basi per tutta la teorica della colpevolezza e della pena negli ordinamenti penali secolari, imprestando loro anche i formanti lessicali³⁰ che concorreranno, nei secoli, a sostanziare il linguaggio della

²⁸ Art. 17 c. 3 TFUE: «Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni».

²⁹ Cfr. G. ROBBERS, *Unione Europea e religione: la dichiarazione sullo status delle Chiese e delle organizzazioni non confessionali nell'atto finale del trattato di Amsterdam*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1998, II, p. 393 ss.

³⁰ Cfr. R. MAZZOLA, *Influenze del pensiero giuridico cristiano negli ordinamenti penali moder-*

scienza penale moderna e contemporanea.

Come il cubo di *Rubik*, l'analisi comparativa può configurarsi anche attraverso altre possibili combinazioni: quella avente ad oggetto solo diritti religiosi e quella basata sulla comparazione fra diritto statale laico e il suo analogo confessionale. In quest'ultimo caso, ancora una volta, sono ragioni di natura pratica a spingere verso un'esegesi comparata degli istituti, entrambi statuali è vero, ma innervati da *ratio* profondamente diverse. Lo sanno bene i giudici nell'applicare le norme di conflitto in materia di statuto personale. Il caso della *kafala*, a questo riguardo, è emblematico. Solo un'attenta interpretazione comparata fra tale disciplina e il diritto musulmano può dare una giusta esegesi e una corretta applicazione dell'istituto, troppo sbrigativamente ricondotto da alcuni giudici all'istituto dell'adozione e dell'affido familiare³¹. Si scopre, in questo modo, che la *kafala*, qualificabile come «delega di autorità parentale» o «tutela legale», non può essere assimilata allo schema giuridico dell'adozione, ma ricondotta, piuttosto, ad un più generale modello “culturale” di tutela dei minori³². Come osserva infatti Carobene: «Tale istituto in Italia è stato a volte, impropriamente, equiparato all'affido o all'adozione ma, in realtà, differisce da entrambe in quanto rispetto all'affido (che può avere una durata massima di due anni) e all'adozione (che non ha una temporaneità, ma è solitamente illimitata e crea rapporti di filiazione tra l'adottante e l'adottato), la *kafala* dura soltanto fino al raggiungimento del diciottesimo anno di età del *makfoul*, egli [infatti] non prenderà il cognome del *kafil*, né avrà diritto a una quota ereditaria oltre a non recidere i rapporti con la famiglia d'origine, se esistente. Sarebbe, dunque, più corretto qualificarla come una forma di “tutela sociale”»³³.

ni. La “Gesinnung” e il principio di imputabilità, in V. TOZZI (a cura di), *Lo studio del diritto ecclesiastico: attualità e prospettive*, Edisud, Napoli 1996, p. 325 ss.; ID., *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1309 ss.; ID., *La pena latae sententiae nel diritto canonico. Profili comparati di teoria generale*, Cedam, Padova 2002.

³¹ I due istituti sono regolati da un articolato complesso di norme: legge 4 maggio 1983, n. 184 «Diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare», così come modificata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, dalla legge 28 marzo 2001 n. 149 «Diritto del minore ad una famiglia» e dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173 «Diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare».

³² Nel Corano tale figura compare solo due volte. Essa rappresenta l'impegno a prendere in carico un minore, ma non riconosce in nessun caso un legame di filiazione *kafil-makful*. Quest'ultimo, infatti, non assume il nome del primo né può acquisire alcun diritto *mortis causa*, né può essere iscritto nello stato di famiglia o sottoposto a una situazione amministrativa particolare perché potrebbe essere “restituito” dal *kafil* e nuovamente posto sotto la responsabilità dello Stato. La *kafala* resta infatti sempre un negozio giuridico provvisorio e revocabile.

³³ G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico kafala* –

Differente il quadro che si configura nel caso in cui la comparazione dovesse avere ad oggetto diritti entrambi religiosi. Qui, osserva Ricca³⁴, il problema è chiedersi le ragioni di una comparazione di tale natura: a che serve comparare i diritti religiosi fra loro? In estrema sintesi si potrebbe rispondere a questo interrogativo dicendo che lo studio di questi particolari diritti consente di comprendere meglio certe dinamiche sociali proprie delle società multiculturali. Questo perché il rapporto “forte” fra vissuto personale e regola, fra prassi e coscienza, tra foro interno e foro esterno è proprio di questi diritti. Essi viaggiano sempre «sulle spalle e nel cuore delle persone. E sarebbe semplicemente impossibile comprenderli senza muoversi con essi e con le trasformazioni che il viaggiare ha loro imposto»³⁵.

Nella loro, a volte ancestrale forza prescrittiva, lo studio comparato dei diritti religiosi fa inoltre comprendere quanto sia ingenuo, nella postmodernità, credere che il diritto nello sforzo immane di costruire un ordine di giustizia, possa fare affidamento soltanto sul diritto statale. Pensare in questi termini è ingenuo, oltre che sbagliato³⁶. Essere convinti che «il proprium della conoscenza giuridica consista in una gloriosa ignoranza di tutto quello che non è “testo normativo”, è una volgarizzazione di comodo del positivismo statalista d’ispirazione nazionalista»³⁷.

Al giurista del XXI secolo è oggi richiesto molto di più. L’Europa da alcuni decenni si trova a dover affrontare la sfida della diversità culturale e religiosa e spesso si trova in affanno³⁸. La presenza sempre più pervasiva delle religioni nello spazio pubblico determina problemi nuovi: dall’immigrato che chiede il ricongiungimento familiare con la seconda moglie; allo

adozione, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2019, I, p. 135 ss., spec. p. 137.

³⁴ Cfr. M. RICCA, *Segnavia. Mete di viaggio per chi compara i diritti religiosi*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, Fascicolo speciale – *Dove va il diritto comparato delle religioni?* cit., p. 19 ss.

³⁵ *Ivi*, p. 20.

³⁶ M. RICCA, *Calligrafia giuridica, modernità e religioni. Tra passato e futuro degli studi su religione, culture e diritto, a margine di “Calumet”*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2017, p. 70 ss. Si legga anche: R. MAZZOLA, *Metodologia ed “esperimento mentale” nello studio del diritto comparato delle religioni*, in *Daimon*, 2007, p. 315 ss.

³⁷ M. RICCA, *Segnavia*, cit., p. 21.

³⁸ «Dans la proximité» – osserva H. L’HEUILLET, *Pour une éthique du voisinage*, in *Études*, 2016, p. 31 ss., spec. p. 31 – «il y a toujours la prise en compte de l’altérité de l’autre, on peut respecter la place de l’autre. En revanche, il y a promiscuité quand cette place de l’autre n’est pas respectée, quand on a le sentiment que l’autre me vole ma place et qu’il est donc un ennemi. Quand on en est à ce point-là, on est sûr que la guerre n’est pas loin. Je fais l’hypothèse que ça fonctionne pour deux colocataires ou deux pays, que c’est la même logique qui est à l’œuvre, dans les deux cas ce qui peut nous permettre de passer de la promiscuité à la proximité ... être chez soi c’est aussi être chez l’autre, c’est impossible autrement».

studente che si rifiuta di stringere la mano all’insegnante che non sia del suo stesso sesso; alla dipendente di una azienda privata o di un ente pubblico che reclama il diritto di indossare simboli religiosi durante l’orario di lavoro. Insomma, “l’altro” è diventato “prossimo”, anzi “intimo”, e gli strumenti giuridici e politici degli Stati *post-westfaliani*, basati sull’idea di nazione come entità territoriale culturalmente omogenea presentano limiti sempre più evidenti nella capacità di includere “l’altro”, ovvero, le persone e i gruppi che non condividono la religione e la cultura della maggioranza.

Oggi, nella misura in cui il “vicinato” è oggetto d’attenzione politica, esso pone la questione della ricerca di come ci si debba rapportare affinché sia assicurata la convivenza, senza che essa di trasformi in forma d’odio, senza che diventi un *corps à corps*³⁹.

All’operatore del diritto si chiede, pertanto, di tradurre tanto i codici culturali presenti nelle società pluraliste e antropologicamente differenziate, quanto gli schemi mentali che dirigono e guidano le condotte dei consociati. Tutto questo è ormai parte integrante del diritto positivo. L’approccio elitario e selettivo era un lusso che si poteva permettere Kelsen separando il diritto puro da tutto ciò che ne potesse alterare l’essenza.

«Ignorare cosa significhi quel che gente in movimento tra circuiti territoriali e culturali differenti fa e intende fare per mezzo del proprio agire, non è esercitare il proprio compito di giuristi, ma soltanto un’espressione di potere ideologicamente orientato e nutrito da una spocchiosa cecità circa gli scopi del proprio mestiere, quando non da costitutiva pigrizia mentale»⁴⁰.

Non solo *ubi societas ibi ius*, ma anche *ubi societas ibi favellas*. Il rapporto fra linguaggio e diritto costituisce l’ulteriore versante del diritto comparato dove il fattore religioso introduce consistenti elementi di complessità. Accanto al tradizionale nodo problematico della traduzione delle singole norme in un contesto di multilinguismo al fine di garantire un’applicazione armoniosa della *lex loci* rispetto alla *lex fori*, l’ingresso di norme di natura o di matrice religiosa all’interno delle dinamiche che governano la circolazione dei modelli giuridici accresce le difficoltà di gestione del rapporto fra linguaggio e diritto. Non si può infatti ignorare il fatto che in quasi tutte le tradizioni religiose, in particolare in quella giudaico-cristiana, Dio parla. Addirittura, nella tradizione biblica Dio è esso stesso *Parola*. In

³⁹ Cfr. H. L’HEUILLET, *op. cit.*, p. 31 ss. ; ID. *Proximité et lien social, ou comment vivre avec ses voisins?*, in *Bull. Soc. fr. phil.*, 2013, p. 1 ss.

⁴⁰ *Ivi*, p. 22. Si v. anche P. CONSORTI, *Contributo metodologico alla comparazione dei diritti religiosi: il valore dei formanti*, in *Dir. rel.*, 2015, 1, p. 255 ss. Si legga anche P.H. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, trad.it a cura di S. Ferlito, Il Mulino, Bologna, 2014.

che modo, infatti, «se non attraverso la Parola, si poteva far vivere un Dio che incessantemente insegna, giudica, mette alla prova, guida, promette, consola? La narrazione “impone” ... che Dio *abbia* Parola»⁴¹.

Sotto questo profilo la comparazione⁴² impone un costante confronto con il quadro concettuale e la *forma mentis* che ha agito come incubatore del sistema normativo, ma questa operazione implica la necessità di oltrepassare il significato semantico delle singole parole o dei singoli lemmi, per addentrarsi «nei molteplici livelli operativi, ma anche culturali, in cui si dispiegano le nozioni giuridiche»⁴³.

La questione, dunque, non è solo semantica, ma prima ancora culturale. Questo è soprattutto vero quando ci si deve confrontare con fonti di diritto o istituti giuridici espressi in lingue “non usuali”, come accade con il latino per il diritto canonico, l’ebraico o l’arabo classico per il diritto ebraico e per quello musulmano. Spesso l’ostacolo più squisitamente semantico è stato superato, nel corso del tempo, grazie allo sforzo di traduzione delle principali fonti di diritto religioso, quelle contenenti i principi fondamentali dei corrispondenti sistemi normativi.

A fronte delle difficoltà nell’affrontare le asperità della lingua ebraica, aramaica o greco antica, lo sforzo di traduzione/interpretazione, come quello condotto, ad esempio, in occasione della redazione della «Bibbia di Gerusalemme»⁴⁴ pubblicata a fascicoli tra il 1948 e il 1953, e in versione integrale vent’anni dopo, nel 1973, con la traduzione, poi ulteriormente rivista, nel 1998 dall’*École biblique et archéologique française*, ha facilitato senza dubbio l’accesso e la comprensione di testi complessi e multiformi sotto il profilo semantico, veri e propri scrigni di differenti linguaggi, tra cui quello normativo. Lo stesso può dirsi per il «Talmud babilonese», oggetto di un imponente progetto di traduzione in lingua italiana iniziata dieci

⁴¹ G. CARAMORE, *La parola Dio*, Einaudi, Torino 2019, p. 45.

⁴² B. POZZO, *Prolusione. Le lingue del diritto*, www4.uninsubria.it/on-line/downloadcb56.pdf?idDocument=321485&instance=3. Cfr. anche B. POZZO, M. TIMOTEO *Introduzione*, in *Europa e Linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano 2008; R. SACCO, *Langue et droit*, in R. SACCO, L. CASTELLANI, *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L’Harmattan, Torino 1999, p. 163 ss.

⁴³ B. POZZO, *Prolusione*, cit.

⁴⁴ *La Bibbia di Gerusalemme*, X ed., EDB, Bologna 1991. Il testo biblico concorda con la “Editio princeps”, del 1971. Tale versione della Bibbia è utile soprattutto per le sue introduzioni, per le note a fondo pagina, e per la ricchezza di rimandi a margine. Il criterio di traduzione è stato il confronto con i testi originali in ebraico aramaico e greco. Laddove le antiche versioni discordano, sono state segnalate in nota le versioni alternative.

anni fa⁴⁵, così come per il Corano nell’ormai classica, ma non più isolata⁴⁶, traduzione in italiano dall’arabo classico di Bausani⁴⁷.

La verità è che superate le difficoltà linguistiche, l’interprete, messo a confronto con il diritto religioso, si trova di fronte ad una ulteriore catena di scogli esegetici che vanno oltre la dimensione semantica. Innanzitutto, la norma “religiosa” spesso si presenta, a differenza di quella statuale, come precetto “inconcluso”, norma destinata, senza fine, a subire continue metamorfosi interpretative in un processo esegetico infinito. *Il Talmud*, in questo senso, rappresenta un tipico esempio di norma “tendente all’infinito”; di diritto volutamente incompiuto, affinché chiunque lo studi e lo applichi sia invitato, in qualche modo, ad ampliarlo, dal momento che ognuno ha il dovere di costruire la propria parte all’interno di quest’opera, di completarlo, pur sapendo in partenza che non potrà mai essere terminato, e non potrà mai essere reso immune da possibili aggiunte. Più ci si avvicina, infatti, al nucleo “sacro” dei diritti religiosi, più esso si sgancia dal tempo storico e biografico, «relativamente continuo, ... rigorosamente epico»⁴⁸, per collocarsi in una dimensione temporale che è da sempre e per sempre.

D’altronde, un approccio dinamico alla costruzione quotidiana del diritto, al suo continuo dilatarsi, anche se sulla base di differenti presupposti, lo si ritrova anche in diritto canonico, là dove il perfezionarsi dell’obbligatorietà della norma trova esclusivamente nel *foro interno* del singolo fedele il punto conclusivo del processo prescrittivo⁴⁹, e questo perché la lingua di Dio va in primo luogo ascoltata e quindi accolta in sé «per farla crescere, lievitare, per convertirla in gesto, atto, coscienza»⁵⁰.

L’ascolto interiore della *Parola* diviene pertanto parte integrante del sistema normativo. Non solo la lingua del legislatore, la parola del giudice, la grammatica amministrativa concorrono a definire il linguaggio giuridico, ma altresì il ronzio muto del flusso di coscienza, il linguaggio gestuale della

⁴⁵ La traduzione, commentata con testo originale “a fronte” in lingua ebraica e aramaica, che si svilupperà per più anni fino alla pubblicazione di un *corpus* di trenta tomi, è stato possibile realizzarla grazie all’utilizzo di strumenti avanzati di linguistica computazionale e l’utilizzo di un’applicazione creata *ad hoc*. Si v.: www.talmud.it/progetto.

⁴⁶ Si v. on line: *Il Sacro Corano. In nome di Allah, il Compassionevole, il Misericordioso*, trad. it. a cura di H. Piccardo, revisione e controllo dottrinale, www.islamicbulletin.org/italian/ebooks/quran/il_corano_it.pdf.

⁴⁷ Cfr. *Il Corano*, a cura e trad. it. di A. Bausani, BUR, Milano 2006.

⁴⁸ M. BACHTIN, *Dostoevskij. Poetica e stilistica*, trad. it. a cura di G. Garritano, Einaudi, Torino 1968, p. 195.

⁴⁹ Cfr. G. LO CASTRO, *L’interpretazione del diritto e il diritto della Chiesa*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2010, p. 10 ss.; ID., *L’uomo e la norma*, in *Ius Ecclesiae*, 1993, p. 190 s.

⁵⁰ G. CARAMORE, *op.cit.*, p. 45.

propria vita interiore, come già evidenziato, partecipa alla costruzione del diritto. In distonia con il modello liberale, la coscienza, nel diritto religioso, è fonte primaria di diritto, perché solo dall'ascolto, e quindi dall'accoglienza della *Parola*, nascono l'attenzione, la fiducia, la fede, e quindi la coscienza «di dover fare i conti con una voce che interroga, spaventa, inquieta obbligando a selezionare i comportamenti, i gesti, le parole, ovvero tutto ciò che serve a fare comunità»⁵¹.

Questa rotazione del diritto intorno alla coscienza ha evidentemente rilevanti conseguenze anche sul piano stilistico. Il linguaggio prescrittivo dei diritti religiosi può assumere infatti forme ben diverse da quelle tecniche dei diritti secolari. Il forte tecnicismo linguistico del diritto statale, quello, per intenderci, sperimentato da Azzecagarbugli, irto di insidie per la gente comune, cede spesso il passo ad un fraseggio diverso, dove al tono imperativo di natura espiatoria, si sostituisce un linguaggio più disteso e descrittivo di natura più squisitamente “medicinale”, dove in luogo del: *fate questo, non fate quello*, si preferisce il: *se fate questo, succederà quello*.

Non si tratta di prescrizioni morali ma di leggi di vita, «leggi karmiche»⁵², fondate sulla consapevole differenza che intercorre fra dire: «non fare a un altro ciò che non vorresti che fosse fatto a te ... e dire: “ciò che fai a un altro, lo fai a te stesso”; ciò che dici di un altro, lo dici di te stesso»⁵³. Si tratta dunque, non di un linguaggio da iniziati, ma di un parlare spesso spontaneo, conciso, narrativo. Il racconto, la storia, i personaggi divengono fonti di diritto, introducono nelle grandi famiglie dei modelli giuridici un nuovo stile nel formulare le prescrizioni: lo si ha nei *Vangeli sinottici*, soprattutto in *Luca*, lo si ritrova negli *hadith* della *Sunnah*, là dove si narra dei detti e dei fatti del Profeta; diviene vera fonte di diritto nell'ebraismo con l'*Haggadah*, i cui libri contengono, infatti, le omelie rabbiniche che incorporano il folclore, gli aneddoti storici, le esortazioni morali e i consigli pratici in vari campi, dagli affari alla medicina. Eppure tale apparente semplicità nasconde

⁵¹ *Ivi*, p. 46.

⁵² E. CARRÈRE, *Il Regno*, cit., p. 290; R. BERTOLINO, 'Sensus fidei', *carismi e diritto nel popolo di Dio*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, p. 192 ss. Si legga anche V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Cedam, Padova 1940, p. 226; N. COLAIANNI, *La dimensione giuridica della Chiesa*, in *Stato Chiesa plur. conf.*, 2009, p. 1 ss. Si legga anche S. BERLINGÒ, *Generalia iuris principia (c. 19)*, *ivi*, p. 14 ss. Ed ancora E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano 2004; R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino 1989, spec. p. 15 ss.; E. CORECCO, *Ordinatio Rationis o Ordinatio Fidei? Appunti sulla definizione della legge canonica*, in *Communio*, 1977, p. 67 ss.

⁵³ E. CARRÈRE, *Il Regno*, cit., p. 291.

un metalinguaggio che rimanda alla dimensione spirituale e soteriologica, e in quanto tale, determina, in ottica comparativa, un problema di fondo: fino a che punto tali diritti possono essere fatti oggetto di comparazione? Se è vero che non v'è autentica comparazione «allorché l'analisi si esaurisce nella descrizione parallela delle caratteristiche dei due termini che si vogliono raffrontare»⁵⁴, in che misura linguaggi così diversi possono intersecarsi, contaminarsi e influenzarsi reciprocamente? Ha ragione Ricca nel sottolineare che la comparazione, se scelta come metodo, non può ridursi al resoconto, al catalogo, all'elenco di come vanno le cose altrove⁵⁵, ma, viceversa, deve accompagnare il «tradursi spaziale delle persone all'interno di circuiti d'azione composti da elementi simbolici e materiali eterogenei ed eteroctoni, che interagiscono e producono effetti pratici rilevanti per il diritto»⁵⁶. Tuttavia, questo potenziale intreccio obbliga a sciogliere un nodo problematico di grande importanza: quello del rapporto fra linguaggio e democrazia, e nel caso di specie, fra linguaggio religioso e laicità: insomma, un sistema giuridico secolare può applicare il linguaggio e le categorie sottese alle norme religiose? Come conciliare la sentenza del 13 febbraio 1993 n. 1824 delle Sezioni Unite della Cassazione con il precedente orientamento giurisprudenziale dello stesso giudice, là dove nella sentenza n. 713 del 7 agosto 1945 osservò «che lo Stato e la Chiesa stanno su due piani giuridici diversi e costituiscono ordinamenti distinti, autonomi e indipendenti; e che, proprio nelle cause matrimoniali, l'ordinamento giuridico della Chiesa esclude ogni intervento degli organi dello Stato»?⁵⁷ Può un giudice utilizzare categorie di derivazione confessionale? Può il giurista sperimentare processi di ibridazione normativa fra giuridicità secolare e religiosa? È giusto o sbagliato che lo Stato concorra con la giurisdizione ecclesiastica per pronunciarsi in materie di natura esclusivamente religiosa, come sono le questioni di nullità matrimoniale canonica, utilizzando la sola cassetta degli attrezzi normativa messa a disposizione dal codice civile in materia di matrimonio? Si può sospendere l'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, pur di dare efficacia civile alla sentenza pronunciata da un tribunale religioso?⁵⁸

⁵⁴ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, Padova 2016, p. 47.

⁵⁵ Cfr. M. RICCA, *Segnavia*, cit., p. 23.

⁵⁶ *Ivi*, p. 24.

⁵⁷ Cass. Civ., SS.UU., 13 febbraio 1993, n. 1824.

⁵⁸ Nel *leading case Bavly*, la Corte Suprema ha annullato la sentenza della Corte rabbinica poiché il ristoro di ordine finanziario riconosciuto alla donna divorziata secondo la legge religiosa, e in mancanza di specifici accordi, sono quelle previste nella *Ketubbàh* risultava – osserva L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano*:

Si tratta di un ventaglio di interrogativi che non svilupperò in questo studio, ma che servono a dimostrare, ancora una volta, quale coefficiente di complessità e di problematicità introducono le norme religiose, e come non si possa sfuggirne tracciando una semplice linea divisoria fra quanto sia di Cesare e quanto sia di Dio, o con la semplice affermazione che il ‘diritto religioso non è “diritto in senso proprio”. Sono scorciatoie da evitare perché rifiutano di affrontare la complessità, e di mettere in discussione alcuni dogmi della modernità⁵⁹.

3. Circa l'utilità o l'inutilità dello studio dei diritti religiosi

Al netto di quanto finora detto rimane però ancora senza risposta il quesito iniziale circa l'utilità o l'inutilità dello studio dei diritti religiosi. Il fatto che una cosa si possa fare e sia interessante farla, non significa che sia anche utile, perché l'utilità non sempre va a braccetto con la possibilità e l'interesse. Dunque, per quali ragioni potrebbe essere utile studiare i diritti religiosi?

A tal riguardo, una prima motivazione va ravvista nella domanda di senso e di spiritualità del singolo, ovvero, il diritto religioso è utile perché agisce come mezzo per soddisfare i bisogni intimistico spirituali della persona. Nel diritto canonico, ad esempio, conoscere e praticare il diritto è

la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2018, p. 1 ss., spec. p. 4 s. – «di gran lunga inferiore agli standard praticati dalle corti statuali. In motivazione, si legge che tale divario è da reputarsi lesivo, oltreché della parità dei sessi, della certezza che deve ispirare i principi di diritto civile, i quali non possono variare in base ai tribunali dai quali i cittadini vengono giudicati. Nel caso di specie, il primo giudice della Suprema Corte, Barak, ebbe a dire che il valore di una proprietà non può mutare a seconda della cornice giuridica nella quale viene discussa la materia. Sulla scia di questa sentenza, è andato consolidandosi l'orientamento secondo cui la giurisdizione dei tribunali religiosi non può dar vita a oasi teocratiche all'interno del sistema giuridico, in dispregio dei valori fondanti l'ordinamento, in primo luogo dei principi costituzionalmente garantiti dalla Basic Law *Human Dignity and Liberty* del 1992. La violazione dei diritti – vita, dignità umana, proprietà, lavoro, ecc. – tutelati da una legge fondamentale dello Stato legittimerebbe, pertanto, l'interferenza dell'Alta Corte sulle decisioni adottate dalle corti rabbiniche, pur se la stessa Suprema Corte tradisce un certo *self restraint* nella individuazione dei criteri alla luce dei quali operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco». Si veda anche F. SONA, *Giustizia religiosa e islām. Il caso degli Shariah Councils nel Regno Unito*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2016, p. 1 ss.

⁵⁹ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico: una creazione giuridica superata?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2017, p. 232 ss. Si legga anche: A. ZANOTTI, *L'eredità della scienza canonistica*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2014, p. 1 ss.

opera quasi sacra perché ogni singolo canone, in quanto specchio e riflesso del divino, diventa, secondo la migliore tradizione del giusnaturalismo cristiano, strumento di salvezza per ogni singolo credente⁶⁰. Così vale anche per il diritto ebraico, dove la pratica del diritto, anche quella più prosaica, come potrebbe essere un atto di compravendita, è nel contempo esperienza materiale e spirituale, poiché per l'ebraismo la regolazione orizzontale dei rapporti intersoggettivi è indissolubilmente legata a quella verticale fra uomo e Dio. Discorso analogo vale per l'induismo, dove l'adempimento quotidiano dei propri doveri, che sono anche giuridici, è innanzitutto esperienza religiosa, è *dharmā*, in quanto concorre a mantenere l'ordine cosmico e sovrasensibile. Esso è nello stesso tempo «qualcosa di fisso, stabile, saldo, che non muta né viene meno, e la “forma” delle cose, la loro stessa natura, quella forza cioè che le fa essere così come sono e non altrimenti ... è norma “eterna” e “ordine” sia del cosmo, sia della vita individuale e sociale degli esseri umani»⁶¹.

Supponendo che sia effettivamente utile, per le ragioni appena esposte, studiare i diritti religiosi, rimane da capire perché mai li si dovrebbe comparare. Sulla scia di quanto già in parte detto precedentemente, se si osserva il problema dal punto di vista appena descritto, un buon motivo per fare comparazione potrebbe essere dato dal fatto che tale approccio consentirebbe di comprendere meglio in che misura il fattore religioso spirituale concorra a formare l'identità personale, e quindi condizionare il comportamento del singolo cittadino/fedele. Il bagaglio cognitivo acquisito attraverso la comparazione potrebbe essere infatti materiale prezioso per la programmazione di più efficaci politiche d'integrazione, oltretutto consentire un più equilibrato e proporzionato esercizio del potere giurisdizionale, onde evitare, lo ricordavano i giudici Furhmann, Loucaides e Bratza, nella *dissenting opinion* nel caso Refah Partisi c. Turchia⁶², di costruire “considerati in diritto” sulla base di facili, superficiali e dannosi stereotipi.

L'utilità dei diritti religiosi potrebbe tuttavia essere spiegata attraverso opposte ragioni di natura politico sociale. I diritti religiosi non sono, infatti, racchiusi in una sfera meramente personalistica contemplativa. Essi interagiscono continuamente con il tessuto sociale, vivono dentro la

⁶⁰ Cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino 2012.

⁶¹ G. AJANI, D. FRANCAVILLA, B. PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, con la collaborazione di R. Viviani, Giappichelli, Torino 2018, spec. Cap. 13 “*Diversità e unità nel diritto indiano*”, p. 317 ss.

⁶² Corte EDU, *Affaire Refah Partisi (Parti de la Prosperité) et Autres c. Turquie*, (requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98) del 31 luglio 2001.

società civile, nonostante e a prescindere dal principio separatista. «La vera religiosità» – osservava Buber dal punto di vista ebraico – «non ha nulla a che fare coi sogni dei cuori esaltati, ... ma esclusivamente con la dimensione dell'azione»⁶³. Il *Talmud* insegna che Dio vuole essere non creduto, non indagato, ma semplicemente realizzato. Nulla di strano, dal momento che anche per il cristianesimo vale un'analogia considerazione: San Paolo nella *Seconda Lettera ai Corinzi* e nella *Lettera ai Filippesi* insiste nel ricordare che la salvezza non la si consegue con la fuga dal mondo, ma stando dentro il mondo e dentro la storia. La sfida imposta dall'escatologia cristiana si traduce, pertanto, almeno così sostiene una parte della teologia cattolica, non in una passiva attesa del *Regno di Dio*, non in un *quietismo* alla Fénelon, ma in un attivismo, che presuppone una *ermeneutica politica* della Sacre Scritture, come ben insegnava Bonhoeffer⁶⁴.

Nel recente incontro con i vescovi del Madagascar Papa Francesco, non a caso, ha sottolineato come la religione non si possa limitare alla sola sfera privata, alla sola segreta intimità della persona, senza alcuna influenza «sulla vita sociale e nazionale, senza (che si preoccupi) della salute delle istituzioni della società civile, senza (che possa) esprimersi sugli avvenimenti che interessano i cittadini»⁶⁵.

Infine, lo studio dei diritti religiosi potrebbe risultare utile per motivi amministrativistico istituzionali. Questa strategia coinvolge innanzitutto coloro che governano e amministrano i sistemi delle singole comunità religiose giuridicamente più o meno strutturate. Nelle Università pontificie e nei Seminari diocesani si studia diritto canonico per formare i quadri dirigenti delle rispettive comunità. Lo stesso vale per le Facoltà teologiche protestanti o per le Scuole rabbiniche o le *Madrase*. Tuttavia, conoscere in chiave comparativa le norme di organizzazione interna contenute nei rispettivi statuti o ordinamenti giuridici può tornare utile sia per le organizzazioni religiose, sia per le stesse istituzioni statuali. Per le prime un approccio di tipo comparativo potrebbe risultare proficuo qualora si decida di modificare, ad esempio, il proprio statuto. Studiare ed eventualmente recepire modelli

⁶³ M. BUBER, *Discorsi sull'ebraismo*, trad.it. a cura di D. Lattes, M. Beilinson, Gribaudo, Milano 1996, p. 84. Si legga anche F. FERRARI, *Presenza e Relazione nel pensiero di Martin Buber*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2012, p. 322. Sempre di Buber si legga: *Due tipi di fede: fede ebraica e fede cristiana*, a cura di S. Sorrentino, San Paolo, Cinisello Balsamo 1995.

⁶⁴ Cfr. S. SORRENTINO, *La presenza del "politico" nell'esperienza credente di Bonhoeffer e l'"etica" come categoria di mediazione*, in *Hermeneutica*, 1996, p. 171.

⁶⁵ *Papa in Madagascar: nessuno può pretendere che la fede non abbia influenza sociale*, www.asianews.it/notizie-it/Papa-in-Madagascar:-nessuno-pu%C3%B2-pretendere-che-la-fede-non-abbia-influenza-sociale-47944.html. Si legga A. PALETTA, N. LANDINI, *La nuova economia nasce in azienda*, in *Corriere della Sera*, martedì 3 settembre 2019, p. 7.

organizzativi già sperimentati da altre comunità religiose potrebbe aiutare i quadri dirigenti delle confessioni religiose di minoranza ad avere più *chances* nell'accedere agli strumenti pattizi (intese, convenzioni, Carte di valori etc.) previsti in alcuni ordinamenti giuridici europei. Per quanto concerne, al contrario, l'amministrazione statale, quest'ultima potrebbe trarne beneficio, là dove s'attivi un tavolo di confronto funzionale alla riscrittura dello statuto della confessione religiosa al fine di ottenere, ad esempio, il riconoscimento della personalità giuridica.

Alla luce di quanto detto sorge allora spontaneo domandarsi se sia ancora giustificato il minore interesse della scienza giuridica laica verso il fenomeno giuridico religioso. Sono ancora valide le riflessioni di Ross fatte nell'ormai lontano 1965 là dove scriveva: «perfino i credenti non pensano più che il diritto consista in comandamenti di Dio o che la sua evoluzione sia governata dalla Provvidenza divina. In un modo o nell'altro noi stessi abbiamo creato il diritto e noi stessi siamo responsabili per il risultato»⁶⁶?

La verità è che rispetto a quando scriveva Ross un numero sempre più crescente di persone sceglie come vestirsi, cosa mangiare, come comportarsi nella comunità politica, o nei rapporti familiari in base alle norme che egli riteneva ormai espulse dal mondo del diritto. Il fatto che molti giuristi continuino a pensarla come quest'ultimo ha reso inadeguata una parte della scienza giuridica e impreparati non pochi operatori del diritto, e questo sta producendo, lo dimostra la sentenza n. 24084 della Cassazione penale del 31 marzo 2017⁶⁷, serie conseguenze sul piano della *governance* delle società plurireligiose e delle politiche di integrazione⁶⁸.

Infine, nella misura in cui nei diritti religiosi il linguaggio etico morale e lo stile narrativo pedagogico, lo si è visto precedentemente, si intrecciano inestricabilmente con la dimensione normativa, i sistemi giuridici confessionali costituiscono, da sempre, veri e propri serbatoi di “senso”, racchiusi in principi e concetti dimenticati da tempo dal vocabolario giuridico positivisticco, ma ritornati prepotentemente al centro del dibattito politico economico di questa prima parte di Millennio.

Il principio di “corresponsabilità”, la nozione di “epicheia”, l'accentuata visione solidaristica delle dinamiche sociali, il concetto di “sacrificio”, sempre più richiamato dai *maitres à penser* della *green economy*, sono solo alcune

⁶⁶ Cfr. G. FILORAMO, *Le religioni e il mondo moderno. Nuove tematiche e prospettive*, Einaudi, Torino 2009, p. 5.

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084

⁶⁸ Cfr. A. SIMONE, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e “valori occidentali”. Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel “caso kirpan” per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 1 ss.

delle categorie proprie dell'orizzonte religioso contemporaneo sulle quali anche le grandi *Corporations* si stanno da tempo confrontando. Non a caso in occasione del recente *World Economic Forum* di Davos, parecchi C.E.O. hanno insistito su un cambio di prospettiva rispetto ai principi di *corporate governance*. La *Business Roundtable*, ovvero l'associazione che rappresenta gli amministratori delegati di duecento grandi aziende americane, ha deciso, infatti, di mettere in discussione la filosofia di Friedman, secondo cui la sola ed unica «responsabilità sociale delle aziende è aumentare i suoi profitti», per insistere, al contrario, su di un capitalismo più inclusivo, più attento alla persona e all'ambiente, in una parola, più eticamente sensibile: la cosiddetta Economia 5.0⁶⁹.

In questa prospettiva da *new deal* non può passare inosservato l'evento tenutosi ad Assisi del cosiddetto *Economy of Francesco*⁷⁰ che ha avuto l'obiettivo di riflettere, partendo proprio da un approccio "religioso", sulla necessità di dare anima all'economia del futuro partendo dalle piccole scelte quotidiane di ciascuno di noi.

Da qui la richiesta rivolta al sistema universitario, e più in generale alle istituzioni, di assumersi la responsabilità di fornire una seria preparazione nell'ambito dell'etica dei comportamenti. Non è casuale che Jean Tirole⁷¹, Premio Nobel per l'economia nel 2014 da anni sottolinei l'importanza del ritorno alle origini dell'economia come disciplina gemmata dalla filosofia morale a servizio del bene comune. Se questo sarà l'indirizzo, se l'impresa oltre che istituzione economica sarà sempre più percepita anche come istituzione sociale e luogo d'incontro dove esercitare socialità e reciprocità, dove le parole felicità, onore, virtù, bene comune, verranno riscoperte in chiave anche economica lasciando spazio ad una prospettiva etica non puramente individualistica, allora il bagaglio semantico, le categorie concettuali contenute nei diritti religiosi e le culture che li sottendono, con tutto il loro retroterra "sapienziale", potranno, in una visione "polifonica" del sapere e in una prospettiva di più matura e innovativa laicità e pluralismo tornare ad essere giacimenti di idee e di valori da esplorare per nuove sintesi e per innovativi modelli politico sociali ed economici⁷².

I risultati delle ricerche svolte negli ultimi anni dimostrano dunque che

⁶⁹ A. PALETTA, N. LANDINI, cit., p. 7.

⁷⁰ *The Economy of Francesco. Young People, a Commitment, the Future. An ongoing process*, 19-21 Novembre 2020, <https://francescoeconomy.org/the-event>.

⁷¹ Cfr. J. TIROLE, *Economia del bene comune*, trad.it. a cura di S. Arecco, Mondadori, Milano 2017.

⁷² Cfr. R. MAZZOLA, *Metodologia e "esperimento mentale" nello studio del diritto comparato delle religioni*, cit., p. 315 ss.

lo studio e la comparazione dei diritti religiosi potrebbe offrire interessanti contributi al riguardo. Eviterebbe, lo si è già detto, il formarsi di pericolosi stereotipi intorno a chi è diversamente religioso. Se di una comunità religiosa si conoscono tradizioni, consuetudini, storia, e regole di comportamento, la formazione di “luoghi comuni” diventerebbe più difficile. Lo studio comparato dei diritti delle religioni potrebbe altresì abbassare il grado di conflittualità sociale generato dai comportamenti religiosamente motivati, ed ancora, una più adeguata conoscenza delle norme interne delle organizzazioni religiose potrebbe consentire una più facile ricerca di soluzioni politico amministrative e addivenire a mediazioni altrimenti più difficilmente realizzabili. Infine, tale bagaglio cognitivo potrebbe giocare anche un ruolo importante sul piano del dialogo interreligioso, suggerendo soluzioni su come le diverse religioni possano collaborare, pur partendo da posizioni teologiche diverse, o individuando cosa queste ultime possano fare insieme, senza per questo rinunciare alle proprie convinzioni e alla propria identità.

Küng all’inizio degli anni Novanta scriveva: «non c’è pace tra le nazioni senza pace tra le religioni. Non c’è pace tra le religioni senza dialogo tra le religioni. Non c’è dialogo tra le religioni senza una ricerca sui fondamenti delle religioni»⁷³. A conclusione di questo breve viaggio tra comparazione e diritti religiosi, oserei aggiungere che non vi può essere conoscenza di questi ultimi, senza un serio e approfondito studio comparato dei rispettivi sistemi normativi.

⁷³ Cfr. H. KÜNG, *Ebraismo. Passato, presente, futuro*, BUR, Milano, 1993.

DIRITTO PENALE

Alessandro Bernardi

*Sul ruolo della comparazione nel processo
di europeizzazione del diritto penale*

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva – 2. L'europeizzazione dei principi/diritti a carattere costituzionale attraverso il metodo comparato: profili penali – 2.1. Il ruolo della comparazione nella stesura delle “Carte europee dei diritti” e nella interpretazione dei relativi principi/diritti – 2.2. Il ruolo della comparazione nella creazione e progressiva implementazione dei “principi europei di diritto non scritto” da parte della Corte di giustizia – 2.2.1. Il criterio del “maximum standard” nella elaborazione per via comparatistica dei principi/diritti comunitari – 2.2.2. I criteri dell’“orientamento prevalente” e della “better law”. Loro comune genesi comparatistica – 2.3. Il ruolo della comparazione nel rimodellamento in prospettiva europea dei principi costituzionali – 3. La progressiva “omogeneizzazione tramite comparazione” dei divieti e degli istituti rinvenibili nei sistemi penali europei.

1. *Nota introduttiva*

Questo lavoro è finalizzato a evidenziare taluni dei principali meccanismi attraverso cui l'attività comparatistica risulta funzionale a quel processo di europeizzazione del diritto criminale iniziato a partire dal secondo dopoguerra. Si tratta di un processo che – stante sia la continua adozione di fonti a carattere penale provenienti dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea, sia l'incessante attività interpretativa e financo creativa delle Corti EDU e UE – perdura tutt'oggi, risultando al più rallentato, ma non certo bloccato, dalle attuali pulsioni di matrice nazionalista e sovranista riscontrabili in molti Paesi del vecchio continente.

Occorre muovere da una premessa tanto necessaria quanto scontata: la comparazione e l'europeizzazione sono entità che, almeno in via tendenziale, vanno nella stessa direzione e si aiutano vicendevolmente. Da un lato, infatti, la comparazione è strumento indispensabile all'europeizzazione del diritto; dall'altro lato, la costruzione di un sistema giuridico europeo favorisce inevitabilmente quel «metodo comparato» che risulta essere «parte integrante del metodo delle scienze sociali in generale»¹.

Del resto, la comparazione e l'europeizzazione hanno molto in comune,

¹ G. SARTORI, *Comparazione e metodo comparato*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1990, p. 401.

a partire dal loro *carattere sovversivo* rispetto alla radicata tesi secondo la quale lo Stato deterrebbe un potere sovrano assoluto e onnicomprensivo, e dunque costituirebbe l'unica legittima fonte del diritto. Se invero «la comparazione giuridica combatte un simile mito, e anzi definisce il suo oggetto di studio a partire dalla sua critica radicale»², del pari il processo di europeizzazione dà vita a un diritto antitetico alla tradizionale concezione volta a ridurre il diritto positivo al diritto nazionale espressivo della indivisibile sovranità dello Stato. In questo senso, l'attenzione del diritto comparato nei confronti della “multi-normatività” trova un perfetto riscontro nel diritto europeo, che costituisce appunto l'espressione paradigmatica di una normatività siffatta.

Ancora, il diritto comparato e il diritto europeo hanno in comune una evidente *vocazione armonizzatrice*, se non addirittura unificatrice. Si tratta di una vocazione oltremodo esplicita nel diritto europeo, finalizzato all'instaurazione di un diritto condiviso su scala continentale, o quantomeno ad appianare le differenze tra gli ordinamenti nazionali, a favorire un linguaggio giuridico comune³ peraltro tuttora ostacolato dal declinante eppure persistente carattere “autarchico” dei sistemi giuridici nazionali (e specialmente delle relative politiche criminali⁴ e scienze penalistiche)⁵. Ma anche nel diritto comparato questa vocazione, seppure non esclusiva, risulta senz'altro prevalente⁶ rispetto alla opposta vocazione a sottolineare i momenti di divergenza tra i sistemi nazionali, a comprenderne le ragioni profonde storico-culturali, dunque a preservare la singolarità di tali sistemi e in definitiva a “dividere”⁷.

² A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 29.

³ In particolare, circa la crescente consapevolezza che l'europeizzazione del diritto implichi la necessità di dover rinunciare a considerare intoccabili gli elementi peculiari della dogmatica penale nazionale cfr., volendo, A. BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Arch. pol. crim.*, 2002, p. 200 ss.

⁴ Tradizionalmente condizionata *in toto* (quantomeno, prima del riconoscimento di una seppur parziale competenza penale dell'Unione europea) dalle maggioranze parlamentari esistenti nei singoli Stati.

⁵ Come noto, specialmente in ambito penale il nazionalismo dogmatico è stato ed è tuttora sorretto dalla diffusa opinione secondo la quale una scienza penale deve necessariamente operare deduttivamente tramite concetti e categorie espressivi di un peculiare sistema logico di interrelazioni storicamente e geograficamente connotate. Emblematiche, al riguardo, certe riflessioni di B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York 2001, p. 1 ss.

⁶ Cfr., ad esempio, V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 6. ed., Giappichelli, Torino 2018, *passim*.

⁷ In argomento cfr., ad esempio, L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano 2005, in particolare p. 863 ss.; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano 2001, p. 170 ss.

In sostanza, il diritto comparato e il diritto europeo convergono nel favorire l'affermarsi della concezione secondo la quale la scienza giuridica, al pari di ogni scienza umana, deve affrancarsi dalla sua tradizionale dimensione "parrocchiale". Il venir meno delle "frontiere interne" conseguente alla costruzione dell'Europa implica inevitabilmente quella progressiva erosione delle differenze tra ordinamenti nazionali attuata dal diritto europeo e spiana la strada a quei modelli universalizzanti e uniformizzanti che costituiscono uno dei più peculiari prodotti del diritto comparato.

Orbene, tutto ciò premesso, in questo lavoro ci si concentrerà innanzitutto sul ruolo dell'attività comparatistica nella elaborazione delle "Carte europee dei diritti" e nella interpretazione delle norme in esse contenute, ricche di ricadute in sede penale; quindi si analizzerà il processo di creazione e progressiva implementazione per via comparatistica di "principi europei di diritto non scritto" capaci di incidere significativamente sui sistemi penali nazionali; successivamente si vaglierà l'attitudine della comparazione a rimodellare in chiave europea i principi costituzionali di rilievo penale; infine si descriverà come la comparazione favorisca l'armonizzazione interstatale delle fattispecie penali previste nei singoli ordinamenti nazionali⁸.

2. L'uropeizzazione dei principi/diritti a carattere costituzionale attraverso il metodo comparato: profili penali

Il centralissimo compito svolto dalla comparazione nella prospettiva della europeizzazione del diritto si coglie innanzitutto focalizzando l'attenzione sui *principi generali e diritti fondamentali* (d'ora in poi, più semplicemente, *principi/diritti*) progressivamente affermatasi a livello continentale. È stata infatti l'attività di comparazione a consentire la previsione per via legislativa nonché la creazione e precisazione per via giurisprudenziale di principi/diritti "europei" ricchi di ricadute in ambito penale. Ancora, la comparazione ha permesso financo la piena conoscenza dei nostri stessi principi/diritti costituzionali, i cui esatti profili ormai da tempo possono essere colti solo prendendo in considerazione anche i principi/diritti contenuti nelle Supreme Carte dei diritti di portata regionale.

⁸ Una seconda parte del lavoro, oggetto di separata pubblicazione, si interrogherà sull'opportunità di un processo di armonizzazione per via legislativa degli istituti di parte generale previsti dai diritti penali dei Paesi europei e sull'eventuale ruolo a tal fine della comparazione, sullo spazio concesso all'interpretazione comparatistica in ambito penale, sul possibile sviluppo su impulso comparatistico di una vera e propria politica criminale europea.

2.1. *Il ruolo della comparazione nella stesura delle “Carte europee dei diritti” e nella interpretazione dei relativi principi/diritti*

Innanzitutto, va sottolineato che l'attività comparatistica ha potentemente supportato la stesura dei principi/diritti contenuti nei più importanti testi adottati in ambito continentale: vale a dire, essenzialmente, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi, CEDU) coi suoi Protocolli, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi, CDFUE) e, sia pure in misura minore, nei Trattati europei via via succedutisi a partire dagli anni '50 del secolo scorso. Del pari, l'attività comparatistica è alla base dell'interpretazione dei principi/diritti contenuti in tali testi da parte delle rispettive Supreme Corti, vale a dire dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte EDU) e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi, Corte UE).

È qui ovviamente impossibile soffermarsi sul relevantissimo ruolo giocato dalla comparazione nella redazione di tali categorie di principi/diritti⁹. Del resto è ben noto che nella elaborazione delle fonti giuridiche contenenti elenchi di principi/diritti a carattere *lato sensu* costituzionale si è fatto abitualmente un massiccio ricorso alla comparazione. E questo, sia quando tali fonti erano destinate a operare rispetto agli ordinamenti di più Stati (come, appunto, nel caso della CEDU, della CDFUE e dei Trattati europei), sia quanto si trattava di fonti a carattere interno. Da sempre, infatti, gli organi deputati alla redazione delle Costituzioni nazionali hanno ritenuto conveniente studiare la configurazione data ai principi/diritti iscritti nelle Supreme Carte di altri Paesi, se del caso recependola con più o meno significative varianti¹⁰. In particolare, come è stato puntualmente rilevato, «la fase preparatoria di una nuova costituzione o della sua revisione comporta sovente un apporto cognitivo offerto da precedenti costituzioni. È in questa fase che in modo sicuro si

⁹ Di particolare rilievo, rispetto a questi ultimi, è stato il processo di positivizzazione per via comparatistica di principi e diritti avutosi al momento della redazione del Trattato di Amsterdam del 1997 (art. 6.2 TUE). Processo, questo, sintomatico di una tendenza alla costituzionalizzazione dei Trattati che, quantomeno nelle intenzioni, doveva culminare nella adozione, peraltro mai realizzatasi, del Trattato costituzionale UE del 2004. Sul punto cfr., per tutti, A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 579.

¹⁰ Cfr. al riguardo, tra le opere di più ampio respiro, S. BAGNI, G. FIGUEROA, G. PAVANI (a cura di), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pego*, I-III., Valencia, 2017.

può individuare lo svolgimento di analisi comparative¹¹.

Preziosa dunque in sede di edificazione di qualsivoglia testo contenente un catalogo di principi/diritti fondamentali, l'attività comparatistica risulta poi assolutamente imprescindibile in relazione alle Carte dei diritti a carattere "regionale", data la loro strettissima interazione con le Supreme Carte nazionali. Tant'è che sul ruolo della comparazione nella elaborazione della CEDU sono stati spesi fiumi di inchiostro e lo stesso è avvenuto in merito al ruolo avuto dalla stessa CEDU così come dalle Carte costituzionali dei singoli Stati europei nella stesura della CDFUE¹².

Ma qui interessa sottolineare soprattutto che l'attività di comparazione è ben lungi dall'esaurirsi nella fase della stesura delle Carte europee dei diritti; esso mantiene infatti inalterata la sua centralità al momento dell'interpretazione giudiziale dei principi/diritti iscritti nelle Carte in oggetto¹³. Al riguardo, basterà accennare esemplificativamente al fatto che solo in teoria risulta valida l'osservazione in base alla quale le Corti EDU e UE non sono tenute a farsi condizionare, nella implementazione da esse data ai principi/diritti contenuti nelle relative Carte europee, dagli sviluppi normativi e giurisprudenziali conferiti ai paralleli principi/diritti nazionali dagli Stati della Grande e della Piccola Europa¹⁴. In pratica, infatti, l'implementazione data da queste Corti ai principi/diritti sanciti dai

¹¹ G. DE VERGOTTINI, *Comparazione e diritto costituzionale*, in *Nomos*, 2018, 2, p. 13

¹² Cfr., esemplificativamente, L.M. DíEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 673; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 ss.; S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 64 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 502. Cfr. altresì P. GORI, *Diritto comparato nelle pronunce CEDU e loro rilevanza nella giurisprudenza CGUE sui diritti fondamentali*, relazione svolta il 16 ottobre 2013 presso il Palazzo di Giustizia di Milano nell'ambito del Corso di formazione e aggiornamento in diritto comparato e diritto europeo, www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=1096.

¹³ Cfr. ancora, per tutti, R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 1873 ss.

¹⁴ Cfr., ad esempio, quanto affermato nel gennaio 2015 dal Presidente della Corte EDU Dean Spielmann in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario: «il nostro compito (quello del Tribunale) non è essere popolare» (citazione tratta da F.J. BORREGO, *Il tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'interpretazione "creativa" della Convenzione EDU*, cit., p. 9). In senso tendenzialmente conforme, sottolinea come la Corte EDU sia «emancipata da qualunque condizionamento di ordine sistemico e politico, perché sorta al di fuori di un apparato statale e di una forma di governo» G. SCACCIA, *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism* (28 maggio 2018), www.ratioiuris.it/corti-sovrnanazionali-dei-diritti-e-judicial-activism, par. 3.1.

rispettivi ordinamenti regionali non può andare troppo al di là del “livello di accettazione” dei Paesi membri¹⁵. Oltretutto, a volte, lo sviluppo ad oltranza di un dato principio/diritto europeo non solo implicherebbe per taluni Stati membri oneri che questi non accetterebbero di sopportare, ma finirebbe anche col comprimere in modo intollerabile un contrapposto principio/diritto sancito a livello costituzionale in uno o più Paesi membri. In tal caso il rischio è innanzitutto quello che in questi ultimi Paesi si inneschino reazioni istituzionali destinate a trovare la loro massima (ma non esclusiva) espressione nel ricorso alla teoria dei controlimiti. Teoria in base alla quale, come noto, i principi supremi e i diritti fondamentali dell’ordinamento costituzionale dello Stato presentano un nocciolo duro incompressibile; con il risultato che qualsiasi testo normativo o arresto giurisprudenziale atto a intaccare questo nocciolo, anche se di origine internazionale od europea, risulta destinato a cedere il campo a fronte della pretesa dello Stato di far salvo il suo nucleo costituzionale¹⁶.

In una prospettiva meno teorica e più legata alla concreta esperienza dei rapporti tra sistemi giuridici, va poi rilevato che laddove in ambito europeo siano adottati arresti inaccettabili agli occhi degli Stati membri, non può essere sottovalutato il rischio che questi ultimi non li rispettino, con il conseguente venir meno della *vigenza/effettività* di tali arresti, e dunque della stessa *positività* di questi ultimi (se è vero che il diritto positivo, per essere

¹⁵ Cfr., con specifico riferimento alla CEDU, F. PALAZZO, A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, p. 58; più recentemente e per tutti, E. CORCIONE, *Il consensus come limite all’interpretazione autonoma da parte della Corte europea dei diritti umani*, in A. ROSSI, A. CAUDURO, E. ZANALDA (a cura di), *Limiti e diritto*, Ledizioni, Milano 2017, p. 49 ss. Al riguardo appaiono condivisibili anche le osservazioni di D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, p. 27. Quanto alla Corte UE, l’esame della sua giurisprudenza rivela che, almeno in taluni casi, i giudici di Lussemburgo non ritengono opportuno sottoporre a gravosi vincoli di matrice europea i processi di adattamento del diritto interno al diritto europeo, e finiscono dunque con l’operare il controllo di conformità sulle norme nazionali di attuazione utilizzando nei fatti, come parametri di riferimento, non tanto taluni principi/diritto di fonte europea quanto i paralleli principi/diritti nazionali, i cui contenuti vengono artificialmente attribuiti ai primi

¹⁶ In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione Europea e controlimiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano 2018.

tale «deve essere effettivo, ossia realmente applicato e osservato»¹⁷). Questo rischio appare particolarmente alto in relazione a un sistema, come quello CEDU, carente di reale coercitività in quanto privo di adeguate sanzioni nei confronti degli Stati che rifiutano di conformarsi alle sentenze emesse dalla Corte EDU nei loro confronti (ovvero anche nei confronti di altri Stati parte)¹⁸. Appare dunque inevitabile che l'interpretazione della CEDU da parte dei giudici di Strasburgo, pur venendo considerata sotto molti aspetti "autonoma"¹⁹, per altri aspetti finisca col tener conto del patrimonio di tradizioni e principi propri dei relativi Stati²⁰.

Ecco dunque che la comparazione gioca un ruolo essenziale, in ambito europeo, nei processi di interazione tra Corte EDU, Corte UE e Corti costituzionali. Il cosiddetto "dialogo tra le Corti", di cui sono risapute le attuali e a volte estreme difficoltà²¹, può avere qualche speranza di riuscita solo

¹⁷ H. KELSEN, *Il fondamento della validità del diritto*, in *Riv. dir. intern.*, 1957, p. 497.

¹⁸ Merita infatti di essere sottolineato come le sentenze della Corte EDU tendano ad avere ricadute anche all'interno dei sistemi giuridici di Stati diversi da quello condannato. In effetti, come noto, le pronunce della Corte EDU presentano tre livelli di efficacia: l'efficacia propria della cosa giudicata in relazione al caso oggetto del ricorso; l'efficacia di sistema nei confronti del Paese destinatario della pronuncia, che è tenuto ad adeguare la normativa nazionale alla regola enunciata dalla Corte EDU onde evitare ulteriori, analoghe violazioni; l'efficacia *erga omnes* dell'interpretazione data alle norme CEDU dalla suddetta Corte. Ai Paesi parte è comunque riconosciuto un certo "margine di apprezzamento", in ordine ai concreti vincoli derivanti dalle sentenze della Corte EDU al di là del singolo caso esaminato; margine correlato, in particolare, alla possibilità per le Alte Parti di effettuare un bilanciamento tra i diritti tutelati in maniera "non assoluta" dalla CEDU e i "motivi imperativi d'interesse generale". In merito ai problemi emergenti in sede di esecuzione di una sentenza della Corte EDU, a seconda che detta esecuzione concerna la parte risultata vincitrice nel relativo giudizio ovvero altri soggetti che si trovano nella stessa o in analoga situazione sostanziale cfr., con specifico riferimento all'ordinamento italiano e con puntuali riferimenti giurisprudenziali, R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 2018, p. 638 ss.

¹⁹ Cfr., per tutti e in prospettiva penalistica, G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1. Cfr. altresì *supra*, nt. 13.

²⁰ In questo senso cfr. ad esempio, limitatamente alla Corte EDU, V. DERVIEUX, B. PESQUIÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la recherche comparative*, in *Arch. pol. crim.*, 1993, p. 59 ss.; F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Raisonner la raison d'état*, Puf, Paris 1989, p. 448 ss.

²¹ In merito alle forme di esplicita resistenza o radicale rifiuto da parte di taluni Stati membri riguardo alle sentenze della Corte EDU in nome della sovranità nazionale, che in taluni casi hanno visto coinvolte in prima persona le Corti costituzionali cfr., volendo e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli 2019, p. 99 ss. Sui rapporti conflittuali tra le supreme Corti europee

potenziando all'estremo una attività comparatistica volta al ravvicinamento dei rispettivi punti di vista, o quantomeno alla presa di coscienza delle "ragioni dell'altro"²². Non deve dunque risultare sorprendente che la Corte di Strasburgo si sia impegnata a fondo nella comparazione²³, affinando un metodo di indagine che per molti aspetti si ritrova, come si vedrà qui di seguito, anche nella giurisprudenza della Corte UE.

(Corte EDU e Corte UE) da un lato e le Corti costituzionali dall'altro cfr., per tutti, A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004, p. 94; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014. Quanto poi ai non facili rapporti tra Corte UE e Corti costituzionali dei Paesi membri, basti pensare, da ultimo, al violento contrasto avutosi nei primi giorni di maggio 2020 tra il Tribunale costituzionale tedesco e la Corte UE. Infatti, in risposta a una sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht*, in cui il giudice delle leggi tedesco ha chiesto alla Banca Centrale Europea chiarimenti entro tre mesi sul programma di *Quantitative easing*, la Corte UE ha affermato in un comunicato stampa che lei sola, «istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione», e che richieste questo tipo «potrebbero compromettere l'unità dell'ordinamento giuridico dell'UE». Cfr., altresì, per un più generale approccio, Convegno *Costa / Enel. Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 30 ottobre 2014.

²² Presa di coscienza, invero, attualmente spesso carente. Cfr., ad esempio, il «non dialogo» tra Corte di giustizia e Corte costituzionale nella «saga Taricco», in merito al quale cfr., emblematicamente, C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2019/02/Amalfinato-Rapporti-pdf.pdf. Quanto poi ai contrasti tra giudici di Lussemburgo e Strasburgo, basti pensare alle difficoltà frapposte dai primi all'adesione dell'UE alla CEDU.

²³ In argomento cfr. già, per tutti, R. FACCHIN (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova 1988; F. MATSCHER, *Methods of Interpretation of the Convention*, in R. ST. J. MAC DONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Brill, Dordrecht, Boston, London 1993; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998. Come puntualmente osservato, «nell'analisi delle tecniche di giudizio impiegate dalla Corte di Strasburgo, il ricorso all'argomentazione comparativa costituisce una tematica molto discussa. Come si può vedere in relazione al tema del margine d'apprezzamento ..., la Corte si è servita del giudizio comparativo, nella veste di *consensus standard*, per valutare se, nella tutela di un certo diritto, le divergenze sussistenti a livello europeo non giustificassero la riserva agli Stati di un potere discrezionale nell'individuazione delle modalità di protezione delle garanzie contenute negli articoli della Convenzione»: G. REPETTO, *L'argomentazione comparativa come chiave di giudizio: il caso Goodwin*, <https://diritti-cedu.unipg.it/repetto-g-largomentazione-comparativa-chiave-giudizio-caso-goodwin>.

2.2 *Il ruolo della comparazione nella creazione e progressiva implementazione di “principi europei di diritto non scritto” da parte della Corte di giustizia*

Se in ambito CEDU l'attività comparatistica concernente i relativi principi/diritti si è senz'altro svolta prima a livello legislativo (attraverso appunto l'individuazione e formulazione scritta dei suddetti principi/diritti in sede di elaborazione di tale Convenzione), e poi a livello interpretativo (attraverso l'implementazione degli stessi da parte della Corte EDU), profili diversi ha assunto la comparazione rispetto ai principi/diritti propri dell'ordinamento della “Piccola Europa” (principi/diritti CEE, poi CE, infine UE).

Come è ben noto, la iniziale natura meramente economica della Comunità europea aveva fatto sì che essa risultasse *ab origine* priva del nucleo essenziale proprio degli ordinamenti statuali, priva cioè di un catalogo di principi/diritti atto a neutralizzare gli eventuali eccessi di potere del legislatore comunitario, consentendo l'annullamento da parte della Corte di giustizia degli atti comunitari ritenuti in contrasto con tali principi e diritti. Un primo fondamentale compito svolto dalla comparazione nella prospettiva della formazione di un vero e proprio sistema giuridico “europeo” (all'epoca, “comunitario”) è stato dunque quello di colmare le lacune che l'ordinamento comunitario presentava nella fase iniziale della sua esistenza; lacune che ostacolavano il riconoscimento da parte degli Stati membri del primato delle fonti comunitarie sulle fonti interne, favorendo per contro l'attribuzione alle giurisdizioni statuali del potere di sindacare le norme comunitarie alla luce dei propri principi costituzionali.

Insomma, ben presto apparve evidente che, per pretendere il riconoscimento da parte dei Paesi membri del primato e dell'effetto diretto delle fonti europee, l'ordinamento comunitario e la relativa Corte dovevano assumere profili latamente costituzionali. Questo fu possibile attribuendo alla Corte di giustizia la prerogativa di individuare principi/diritti atti a integrare il diritto comunitario primario. Il fondamento normativo di una siffatta funzione creativa venne in genere rinvenuto negli artt. 164, 173 e 215 del Trattato CEE, i quali sembravano autorizzare il ricorso ai principi generali di diritto enucleabili dalla Corte in questione²⁴.

Restava però il problema di come reperire e conformare i principi/

²⁴ Cfr., per tutti e con specifico riferimento agli artt. 164, 173 Tr. CEE, P. PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cahiers dr. eur.*, 1968, p. 642; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 412 ss. Cfr. altresì, con specifico riferimento all'art. 215 Tr. CEE, L. MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1983, p. 708.

diritti in questione in modo tale da rendere il controllo della legislazione comunitaria attraverso di essi quanto più possibile tranquillizzante per gli Stati membri. A questo riguardo, assolutamente convergenti erano le soluzioni suggerite dal buon senso e quelle discendenti dall'analisi dei rapporti tra fonti comunitarie e fonti nazionali. In effetti, tanto le soluzioni del primo come quelle del secondo tipo tendevano a imporre alla Corte di giustizia di individuare e implementare i principi/diritti comunitari utilizzando quale riferimento ideale i principi/diritti previsti negli ordinamenti costituzionali dei Paesi membri. Solo in tal modo si sarebbe potuto evitare che fonti di origine comunitaria passate indenni al loro vaglio potessero risultare in contrasto coi principi/diritti sanciti della Costituzione anche di un solo Paese membro, e dunque potessero essere contestate dallo Stato in questione. In effetti, qualora si fossero riscontrati contrasti di questo tipo, sarebbe stato prevedibile che lo Stato membro in questione contestasse il primato e l'effetto diretto di norme di origine "esterna" capaci di erodere le garanzie costituzionali nazionali²⁵.

2.2.1. *Il criterio del "maximum standard" nella elaborazione per via comparatistica dei principi/diritti comunitari*

In particolare, in base alla teoria cosiddetta "del trasferimento"²⁶ il fatto che nella massima parte dei Paesi membri il Trattato CEE fosse stato immesso nell'ordinamento interno con legge ordinaria faceva sì che il limite del rispetto dei principi/diritti di matrice costituzionale vincolasse sempre e comunque i legislatori nazionali anche in relazione ai poteri normativi da questi conferiti alle Comunità. Questa constatazione suggeriva dunque alla Comunità europea e alla sua Corte una grande attenzione, rispettivamente, nel varare e vagliare le norme comunitarie alla luce di principi/diritti europei

²⁵ E questo nonostante che nella celebre sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964 la Corte di giustizia avesse affermato con forza l'inaammissibilità per gli Stati membri di poter opporre alle norme comunitarie una qualsivoglia fonte giuridica nazionale: la «integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso. Scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità».

²⁶ In merito alla quale cfr. G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Giuffrè, Milano 1984, p. 720 ss. e soprattutto p. 732 ss.

caratterizzati da una significativa affinità coi principi/diritti riconosciuti dalle Costituzioni nazionali. La teoria “del trasferimento” presupponeva pertanto un ampliamento del catalogo dei principi/diritti comunitari e, al contempo, una loro implementazione capace di offrire un “*maximum standard*” di tutela, così da consentire alla Corte di giustizia di considerare illegittimo ogni atto comunitario contrastante non solo con i principi/diritti comuni previsti dalle Carte internazionali cui aderiscono tutti i Paesi dell’Unione²⁷ ma anche con i principi/diritti iscritti alla maggioranza delle Costituzioni, e persino – già lo si è detto – con ogni ulteriore diritto fondamentale così come previsto e sviluppato all’interno di pochi, o addirittura da uno solo dei sistemi costituzionali dei Paesi membri. Ora, è facile capire che il perseguimento di questo “*maximum standard*” di tutela implica minuziose indagini comparatistiche capaci di consentire l’elaborazione di un catalogo di principi/diritti “europei” atto a ricomprendere tutti i principi/diritti rinvenibili in una o più delle Costituzioni dei Paesi membri, nonché a implementare ciascuno di questi principi/diritti prendendo come riferimento il modello nazionale al riguardo più garantista.

Auspicare il perseguimento di un controllo delle fonti comunitarie alla luce di principi/diritti “europei” improntato al criterio del “*maximum standard*” non impediva, peraltro, di riconoscere la difficile attuabilità di un siffatto livello di controllo, in ragione dei diversi sviluppi attribuiti nei singoli sistemi costituzionali dei Paesi membri ai principi/diritti di matrice, volta a volta, individuale o collettiva, civile o politica, economica o sociale. Di tutto ciò era consapevole persino il più noto cultore della teoria “del trasferimento”²⁸, ben prima che taluni costituzionalisti non solo ponessero in dubbio la concezione orientata a riconoscere una generalizzabile espansibilità dei principi/diritti, ma addirittura sostenessero che «i diritti sono “a somma zero”», in quanto «ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse»²⁹.

²⁷ Per un completo elenco delle fonti internazionali utilizzate in sede di individuazione dei principi/diritti accolti in ambito comunitario e della relativa giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., in particolare, F. PICOD, *Les sources*, in F. SUDRE, H. LABAYLE (a cura di), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruilant, Bruxelles 2000, in particolare p. 146 ss.

²⁸ Cfr. G. L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 736 nt. 33: «la tutela al massimo grado, nell’ambito comunitario, di un diritto individuale, in ossequio alle esigenze costituzionali di uno Stato membro, può risultare in conflitto con un diritto collettivo garantito all’interno di un altro Stato membro».

²⁹ R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Scritti in onore di Luigi Costato*, III, Jovene, Napoli 2014, p. 77. Tra i moltissimi esempi concreti riportabili a supporto di tale afferma-

2.2.2. I criteri dell'“orientamento prevalente” e della “better law”. Loro comune genesi comparatistica

In merito alla attitudine dei principi/diritti a confliggere sempre e comunque tra loro è forse legittimo nutrire qualche dubbio. Resta però il fatto che, nell'ambito dell'attività di controllo della legittimità delle norme comunitarie effettuata alla luce dei principi/diritti elaborati dalla Corte di giustizia, quest'ultima si è il più delle volte trovata costretta (e tuttora si trova costretta) a implementare i diritti/principi in oggetto non già sulla base del criterio (tanto teoricamente ineccepibile quanto spesso praticamente inattuabile) del “*maximum standard*”, quanto piuttosto sulla base del criterio dell'“orientamento prevalente”. In base a quest'ultimo i giudici di Strasburgo sono tenuti a vagliare la legittimità comunitaria (ormai, eurounitaria, o se si preferisce UE) delle fonti europee alla luce di principi/diritti impliciti modellati sulla base e nei limiti della «tendenza prevalente negli Stati membri»³⁰. A sua volta, tuttavia, gli esiti cui si è giunti attraverso il criterio dell'orientamento prevalente possono essere influenzati o addirittura modificati alla luce sia delle peculiari esigenze dell'ordinamento giuridico UE riconducibili alla sua struttura e ai suoi obiettivi, sia delle esigenze del caso concreto³¹. La valorizzazione di queste esigenze comporta il passaggio dal criterio dell'“orientamento prevalente” a quello della “*better law*”, che in definitiva sembra essere quello privilegiato, in modo più o meno esplicito³², dai giudici di Lussemburgo: la qual cosa risulta plausibile, ove si tenga conto che in sede giurisprudenziale ogni principio tende ad essere modellato per rispondere alle esigenze di giustizia poste dal caso concreto eventualmente all'esame; e che il punto di vista della Corte di giustizia è per forza di cose diverso da quello dei giudici costituzionali nazionali, perché diversi sono

zione basti qui ricordare che l'espansione del diritto di informazione trova il suo naturale limite nel diritto alla riservatezza (o all'oblio).

³⁰ Nel senso dell'esigenza di sviluppare i diritti fondamentali in sintonia con posizioni convergenti o dominanti all'interno degli Stati membri, cfr. già le conclusioni degli Avvocati generali relativamente alle sentt. 28 maggio 1970, causa C-36/69, *Peco* e 15 luglio 1970, causa C-41/69, *ACF Chemiefarma*.

³¹ Circa la tendenza della Corte a precisare di volta in volta la portata dei principi/diritti in questione «al fine di adeguarne il significato alle specifiche esigenze dei singoli casi concreti sottoposti al suo esame» cfr. per tutti, S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2012, p. 3 ss. (la citazione riportata è a p. 20). L'A. sottolinea la straordinaria «duttilità e flessibilità della Corte di giustizia sia in sede di enunciazione dei principi generali sia in sede di rilevazione degli stessi» (p. 20).

³² Per una esplicita rivendicazione della possibilità da parte della Corte di giustizia di modellare la protezione dei diritti fondamentali in armonia con «gli obiettivi e la struttura della Comunità» cfr. sent. 13 dicembre 1979, causa C-44/1979, *Hauer*.

i rispettivi ruoli e diverso è il contesto al cui interno l'una e gli altri sono chiamati a giudicare³³. In ogni caso, quello che qui preme osservare è che tanto il criterio dell'“orientamento prevalente” quanto più ancora quello della “*better law*” non risultano sempre pienamente soddisfacenti agli occhi dei Paesi membri, stante che i profili dei principi/diritti comunitari (ormai, UE) delineati alla luce dei suddetti criteri possono in certi casi non “coprire” gli sviluppi conferiti ai paralleli principi/diritti nazionali dai sistemi costituzionali di taluni Paesi membri. Del resto, a ben pensarci, la teoria dei controlimiti costituzionali al riconoscimento del primato del diritto europeo trae linfa proprio dalla consapevolezza della impossibilità o della estrema difficoltà, per le fonti europee, di rispettare sempre e comunque, in relazione ai singoli principi/diritti, le esigenze di tutti i Paesi membri³⁴.

In ogni caso, anche l'elaborazione di principi/diritti UE impliciti improntati ai criteri dell'“orientamento prevalente” o della “*better law*” dovrebbe presupporre una puntuale attività comparatistica capace di tener conto delle tendenze evolutive in atto su scala nazionale³⁵, con conseguente ingresso nelle sentenze dei giudici di Lussemburgo di importanti elementi ricavati dagli ordinamenti dei Paesi della Piccola Europa³⁶. Certo, non è possibile negare che, in pratica, risulta difficile per la Corte di giustizia svolgere in modo meticoloso una siffatta attività³⁷, anche perché taluni

³³ Cfr., per tutti, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 1995, p. 19 ss.; da ultimo F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 145 ss.

³⁴ Una parte della dottrina, in particolare, ritiene che il criterio della “*better law*” – in quanto volto ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali «entro l'ambito e le finalità della Comunità» (nei suoi primi decenni di vita ancora essenzialmente economiche) «tende a comprimere lo sviluppo dei diritti fondamentali» e in sostanza a svilire la naturale portata costituzionale di ogni sistema di protezione dei diritti in questione; tant'è che la Corte di Lussemburgo, quando ricorre al correttivo in questione «sembra operare nella tutela dei diritti fondamentali più come un giudice amministrativo che come un giudice costituzionale». Così A. CIANCIO, *A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it*, 21, 2012, p. 5.

³⁵ In questo senso cfr. già P. REUTER, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit*, in *Mélanges offerts à H. Rolin. Problèmes de droit des gens*, A. Pedone, Paris 1964, p. 273 ; V. GREMENTIERI, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano 1973, p. 32.

³⁶ Cfr. H. KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour*, in AA.VV., *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Publications de la Cour de Justice des Communautés européennes, Luxembourg 1976, p. 29.

³⁷ Cfr., al riguardo, le osservazioni di L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 269; S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi*

principi (anche se non soprattutto a carattere penale) tendono a configurarsi in modo diverso da uno Stato all'altro: basti pensare al principio di legalità penale, il quale a fronte di un "versante storico" tendenzialmente analogo in tutti i Paesi europei³⁸, presenta un "versante storico-politico" assai mutevole³⁹; nonché al principio *ne bis in idem*, i cui mutevoli caratteri nei diversi ambiti nazionali ed europei sono stati oggetto di numerosi studi e convegni⁴⁰. Appare comunque chiaro che l'esigenza di conformare il catalogo e il contenuto dei principi/diritti UE impliciti alla luce del complessivo panorama costituzionale osservabile in area europea ha offerto lo spunto per l'elaborazione di nuove metodologie comparatistiche di grande interesse⁴¹: senza contare che, come qui di seguito si avrà modo di verificare, gli esiti di tale opera di comparazione non si limitano eventualmente a suggerire processi di riforma del diritto (penale) interno, ma implicano una diretta

strutturali e diritti fondamentali, in ID. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano 2002, p. 39 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁸ Versante, questo, concernente come noto il tema della vigenza temporale e quello della "qualità" delle norme penali, vale a dire della loro accessibilità, conoscibilità, chiarezza contenutistica, prevedibilità degli esiti interpretativi: tutti elementi, questi, che presentano una portata tendenzialmente universale e nient'affatto contingente, così da renderli meno sensibili a condizionamenti di matrice storico-politica, e dunque meno inclini ad assumere sviluppi completamente diversi all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

³⁹ Si allude, beninteso, al versante del principio di legalità penale concernente le questioni relative agli organi legittimati a varare testi di diritto criminale e alle fasi formative di tali testi. Tale carattere "storico-politico" discende dal fatto che esso risulta, per l'appunto, largamente condizionato da variabili storicamente mutevoli a seconda delle coordinate politico-giuridiche del contesto di riferimento, le quali inducono a privilegiare di volta in volta uno fra i tanti organi astrattamente competenti a legiferare (sovrano, dittatore, pochi "saggi", potere esecutivo, organo democraticamente rappresentativo, il popolo), così come ad adottare procedimenti formativi soggetti a evolvere nel tempo.

⁴⁰ In dottrina cfr., esemplificativamente, N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 71 ss.; B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2018. Molteplici anche i convegni su questo tema: basti qui ricordare *Il principio del ne bis in idem tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Roma, Corte di Cassazione, 4-6 ottobre 2017); *Le principe ne bis in idem et les concours d'infractions pénale* (Parigi, Université Paris 2, Institut de criminologie et de droit pénal de Paris, Cour de cassation, 28 novembre 2019).

⁴¹ In merito all'uso innovativo del metodo comparatistico da parte della Corte di giustizia nell'ambito della costruzione del diritto comunitario cfr. ad esempio, all'interno di una vastissima bibliografia e con riferimento alla sola letteratura in lingua italiana, A. PIZZORUSSO, *Le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi d'Europa come fonte del diritto comunitario*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2000, n. 3, p. 12 ss.; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 193 ss.

trasformazione dei sistemi giuridici nazionali (e in particolare, per quanto qui interessa, dei sistemi penali nazionali).

Infatti, gli sviluppi conferiti per via comparatistica dalla Corte di giustizia ai principi/diritti UE impliciti (ma anche ai principi/diritti UE espliciti, vale a dire ai principi/diritti previsti nei Trattati nonché nella CDFUE varata nel 2000 e “giuridicizzata” dal Trattato di Lisbona) condizionano non solo la legislazione UE⁴², ma persino larga parte della legislazione interna. In virtù del primato e della diretta applicabilità del diritto UE, è infatti apparso da subito chiaro che tali principi/diritti, una volta accolti in seno all’ordinamento CEE (poi CE e ora UE), finiscono con l’assumere il ruolo di strumenti di controllo circa la conformità a tale ordinamento di tutte le norme (penali) nazionali rilevanti in prospettiva europea. Pertanto le scelte circa il metodo comparativo di volta in volta adottato dalla Corte di giustizia per implementare i principi/diritti UE di origine pretoria vengono ad incidere sul parametro di “legittimità UE” utilizzabile con riferimento, oltreché alle norme prodotte in ambito europeo, alle norme interne attuative del diritto europeo (norme, queste ultime, oggetto di una progressiva moltiplicazione in via interpretativa)⁴³. In altre parole, attraverso

⁴² Giova ribadire che la giurisprudenza comunitaria in tema di principi/diritti impliciti è sorta, innanzitutto, in funzione di parametro garantistico di validità delle norme comunitarie contenute nei regolamenti e nelle direttive; vale a dire in funzione di tutela contro gli eccessi di potere degli organi comunitari, consentendo l’annullamento in via giurisdizionale degli atti comunitari contrastanti con i diritti in questione. Al riguardo cfr. già, per tutti, F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 419; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 739.

⁴³ In merito all’area interna di operatività dei principi/diritti di fonte europea basti qui ricordare che tradizionalmente la giurisprudenza della Corte di giustizia era orientata a rispettare l’identità costituzionale dei Paesi membri, e dunque tendeva a limitare il campo di applicazione dei principi/diritti fondamentali UE, in particolare circoscrivendone la portata (oltreché, naturalmente, alla stessa normativa comunitaria) alla sola normativa nazionale attuativa del diritto dell’Unione (cfr., per tutte, Corte di giustizia, sent. 11 luglio 1985, cause riunite C-60 e C-61/84, *Cinéthèque*; sent. 25 novembre 1986, cause riunite C-201/85 e C-202/85, *Klensch*). Ma poi, col passare del tempo, la Corte di giustizia ha vieppiù ampliato l’area delle fonti (penali) nazionali da ritenersi attuative del diritto UE: non più solo quelle di trasposizione di fonti penali dell’Unione e quelle di attuazione sanzionatoria (*rectius*, penale) di precetti extrapenali UE; ma anche le fonti (penali) nazionali precedenti alle suddette fonti penali o extrapenali dell’Unione, purché comunque capaci di assolvere a quanto da esse successivamente richiesto; nonché le fonti (penali) nazionali operanti in settori normativi rispetto ai quali l’Unione europea ha competenza concorrente, e financo le fonti (penali) espressione di competenze normative puramente statuali, epperò capaci di interferire con situazioni giuridiche tutelate dal diritto europeo. In merito a questo processo di progressivo ampliamento del concetto di “attuazione del diritto dell’Unione” cfr., anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, A. BERNARDI, *Il difficile*

i criteri comparatistici del “*maximum standard*” ovvero dell’“orientamento prevalente”, ovvero ancora della “*better law*”, il diritto (penale) interno può risultare condizionato, al pari del diritto UE, da principi/diritti diversi (o comunque sviluppati in modo diverso e non di rado più garantista) rispetto ai principi/diritti previsti nel proprio sistema costituzionale⁴⁴.

In definitiva: la creazione e/o implementazione da parte della Corte di giustizia di principi/diritti atti a vagliare anche la legittimità delle norme (penali) nazionali “attuative del diritto europeo” non si limita ad offrire strumenti di conoscenza utili in una eventuale prospettiva riformistica; ma comporta vincoli cui i sistemi giuridici dei Paesi membri devono sin d’ora sottostare. Detti vincoli fanno sì che il legislatore interno non debba promulgare norme “di rilevanza europea” in contrasto coi suddetti principi/diritti, e in subordine che i giudici interni debbano paralizzare l’operatività della norme in questione, vuoi disapplicandole vuoi (come in Italia imposto dalla Corte costituzionale con la sentenza 269 del 2017) utilizzando lo strumento del rinvio pregiudiziale al giudice delle leggi affinché quest’ultimo si pronunci in merito alla loro eventuale illegittimità costituzionale per contrasto con i principi/diritti in questione⁴⁵. Come ben si vede, il metodo comparatistico sviluppato a livello comunitario comporta la conoscenza da parte della Corte di giustizia dei principi/diritti operanti nei diversi sistemi giuridici dei Paesi membri, per poi elevarli al rango di principi/diritti impliciti dell’ordinamento giuridico europeo attraverso i succitati criteri del “*maximum standard*”, dell’“orientamento prevalente”

rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, p. 57 ss.

⁴⁴ Cfr., in generale, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 561 ss. e bibliografia *ivi* riportata. In prospettiva strettamente penalistica, cfr., volendo, A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e diritto penale europeo, in *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, 1988, p. 186, con ulteriori riferimenti bibliografici; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 644 ss.

⁴⁵ Come già detto, i vincoli derivanti dai principi/diritti “non scritti” elaborati in chiave comparatistica dalla Corte di giustizia concernono solo i settori normativi interni di rilievo comunitario. Tuttavia, come è stato rilevato, «non è da escludere che l’incorporazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti degli Stati membri possa comportare una tendenza delle autorità nazionali ad impiegare principi analoghi in altri settori del diritto interno»: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., pp. 524-525; J.A. FROWEIN, *Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, I.3, Seacombe, Weiler, Berlin, New York 1986, p. 302.

e della “*better law*”. Tutto ciò si traduce nella elaborazione di parametri di conformità eurounitaria che possono incidere profondamente su ampi settori della normativa (penale) interna⁴⁶ condizionandone i profili e l’ambito di applicabilità. I principi/diritti europei di origine pretoria ricavati per via comparatistica dalle tradizioni costituzionali comuni vengono quindi a integrare i sistemi nazionali che in precedenza non possedevano i principi/diritti in questione, ovvero che conferivano loro profili diversi e meno pregnanti.

Quanto sin qui ricordato, naturalmente, nulla dice in merito alla qualità e profondità dell’attività comparatistica compiuta in sede di enucleazione dei principi/diritti impliciti UE. Del resto, è noto che tale attività – come si è visto non di rado intrinsecamente assai ostica a causa dei differenti contenuti attribuiti al medesimo diritto fondamentale nei singoli sistemi costituzionali nazionali – è divenuta vieppiù complessa a seguito del crescente numero di Stati divenuti via via membri della CEE, della CE e dalla UE. Non deve dunque sorprendere se da tempo viene segnalato che le indagini comparatistiche dei giudici di Lussemburgo risultano lacunose o comunque incomplete⁴⁷.

2.3. Il ruolo della comparazione nel rimodellamento in prospettiva europea dei principi costituzionali

Infine, sembra opportuno sottolineare che l’attività comparatistica ha svolto e tuttora svolge un ruolo significativo anche con riferimento ai principi/diritti costituzionali. E ciò sia in sede di redazione e riforma delle Costituzioni nazionali – inclusa quella italiana – in ragione dell’arcinoto contributo della comparazione in tali contesti; sia, per quanto qui più interessa, nell’ambito di quell’implementazione degli stessi principi/diritti costituzionali condizionata dal generalissimo principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale rinvenibile, quanto all’Italia, negli artt. 10 e 11 della nostra Costituzione. È quindi la stessa Suprema Carta nazionale a evidenziare il proprio dovere di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e dunque, *in primis*, di «integrarsi costantemente, nella sua stessa struttura elementare, con altri documenti

⁴⁶ Quelli, appunto, “attuativi del diritto europeo” nella vieppiù ampia accezione via via conferita a tale espressione: cfr. *supra* nt. 42.

⁴⁷ Al riguardo cfr., anche per talune stimolanti esemplificazioni, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 551 ss.

dalla medesima natura»⁴⁸. Con la precisazione che in ambito europeo devono considerarsi tali non solo la CEDU e la CDFUE, ma financo il diritto primario UE con tutti i suoi principi/diritti, ivi compresi quelli a carattere implicito in precedenza ricordati. Sarebbe infatti un grave errore ritenere che questi ultimi siano stati integralmente fagocitati dalla CDFUE, stante che quest'ultima contiene un catalogo tutt'altro che esauriente dei principi/diritti recepiti in una o più delle Costituzioni dei Paesi UE. Di conseguenza, ove si ritenesse che l'avvento della CDFUE avesse segnato la fine della necessità per la Corte di giustizia di vagliare la legittimità delle norme di diritto derivato UE e delle norme interne “attuative del diritto UE” anche alla luce dei principi/diritti impliciti del diritto primario europeo, bisognerebbe concludere che tale avvento avrebbe in realtà comportato non un avanzamento, ma un regresso dell'effettivo livello di tutela delle garanzie individuali in ambito UE⁴⁹.

In sintesi, da un lato è la stessa Costituzione ad avvertire l'obbligo di conformare i propri principi/diritti ai paralleli principi/diritti di fonte internazionale ed europea, dall'altro lato tale processo non può che avvenire attraverso un'opera di comparazione attuata dalla Corte costituzionale a tutto campo, vale a dire prendendo in considerazione ogni categoria di principi/diritti “europei”; in particolare – ma, come abbiamo appena visto, non solo – quelli iscritti della due Supreme Carte europee e sviluppati, rispettivamente, dalla Corte EDU e dalla Corte UE. Si tratta di un'opera di comparazione destinata a favorire processi di ibridazione dei principi/diritti costituzionali nel segno di un loro progressivo adattamento alle ragioni della europeizzazione del diritto⁵⁰. Adattamento la cui legittimità

⁴⁸ Così, da ultimo, A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Riv. dir. comp.*, 2020, www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2020/03/Ruggeri-ANTEPRIMA_.pdf, p. 12.

⁴⁹ Cfr., sul punto, Cfr. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 679 s.; ID., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 58 ss.; F.-X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKY, *La Constitution européenne : Texte et commentaires*, La Documentation française, Paris 2005, p. 53.

⁵⁰ Non si tratta, comunque, di processi di ibridazione “a senso unico”, stante che – come noto – anche l'interpretazione delle diverse categorie di principi/diritti europei da parte della Corte EDU e della Corte UE risulta condizionata dagli sviluppi conferiti dalle Corti costituzionali nazionali ai principi/diritti iscritti nelle Costituzioni dei relativi Paesi membri. Il “circolo ermeneutico” tra Corti nazionali e Corti europee è al centro dell'attenzione di molti studiosi, primo fra tutti Antonio Ruggeri. Cfr., esemplificativamente, A. RUGGERI, “*Tradizioni costituzionali comuni*” e “*controlimiti*”, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 101 ss.; ID., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche*

sembrerebbe incontrare un limite solo in due casi: laddove esso comporti una riduzione della originaria estensione “interna” dei suddetti principi/diritti costituzionali ad opera dei principi/diritti CEDU⁵¹, ovvero ove esso implichi una compressione del nucleo essenziale dei principi supremi e diritti fondamentali di fonte costituzionale ad opera dei principi/diritti di fonte UE⁵².

Per tutto quanto sin qui visto si può affermare, conclusivamente, che tanto il processo di emersione e implementazione delle diverse categorie di principi/diritti di fonte europea incidenti in varia misura sull'ordinamento giuridico interno, quanto il processo di adattamento dei principi/diritti costituzionali alle esigenze della europeizzazione del diritto presuppone non solo un incremento quantitativo e qualitativo dell'attività comparativa, ma anche un ampliamento delle funzioni proprie di tale attività. Dalle tradizionali funzioni a carattere vuoi meramente speculativo⁵³ vuoi criticoriformista⁵⁴ proprie della comparazione, quest'ultima giunge ad assolvere il

argomentative, Giappichelli, Torino 2009, p. 388 ss.

⁵¹ Stante infatti il rango gerarchico subcostituzionale dei principi/diritti CEDU, risulta inammissibile che essi possano limitare la portata dei principi/diritti costituzionali. In altre parole, riguardo all'ordinamento italiano tutte le fonti costituzionali si ergono a controlimiti dei principi/diritti CEDU. La dottrina italiana è pressoché unanime nell'affermare che, in questi termini, la teoria dei controlimiti trova applicazione anche nei rapporti tra Costituzione e Corte costituzionali da un lato, e CEDU e Corte EDU, dall'altro: cfr., ad esempio, G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 409, e bibliografia ivi riportata.

⁵² Come noto, infatti, che per la Corte costituzionale italiana i principi/diritti (e più in generale tutte le norme) UE (e non invece i principi/diritti CEDU) implicano una limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost. Con la conseguenza che in relazione alle fonti interne attuative del diritto UE il rispetto di quest'ultimo incontra il solo limite dei “controlimiti” tradizionalmente intesi, consistenti appunto nel nucleo duro dei principi supremi e diritti fondamentali iscritti nella Costituzione.

⁵³ Consistenti essenzialmente, volta a volta, nel prendere atto delle somiglianze e delle differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali (cfr., per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 1996; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Utet, Torino 1988, p. 48 ss.), ovvero nel consentire una più approfondita e consapevole conoscenza del proprio ordinamento (cfr., ad esempio e con specifico riferimento alla comparazione in ambito penale, A. ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2002, pp. 5, 9 e 20; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2. ed., Dalloz, Paris 2002, p. 11).

⁵⁴ Specialmente, ma non solo, nella prospettiva della emersione e sviluppo progressivo di un diritto comune dell'umanità civilizzata. Cfr., anche per riferimenti bibliografici essenziali, A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 49 ss.

compito di modificare *direttamente* l'attuale quadro normativo interno nel segno di principi/diritti creati o comunque rimodellati facendo riferimento a categorie di principi/diritti esterne all'ordinamento nazionale.

3. La progressiva "omogeneizzazione tramite comparazione" dei divieti e degli istituti rinvenibili nei sistemi penali europei

In precedenza⁵⁵ si è accennato a due funzioni antinomiche della comparazione: quella tendente all'unificazione o quantomeno all'armonizzazione del diritto in nome della universalità della scienza giuridica e quella orientata alla salvaguardia delle specifiche prerogative dei singoli ordinamenti, giustificate alla luce delle peculiari tradizioni nazionali. Orbene, seppure generalmente oggetto di minore attenzione e fortuna rispetto alla funzione omologante, la funzione di sottolineatura (e mantenimento) delle divergenze tra un sistema e l'altro (e tra le rispettive dottrine)⁵⁶ tende ad avere maggiore fortuna nell'ambito del diritto penale piuttosto che nel diritto civile e in molte delle altre branche del diritto.

La ragione di questo stato di cose dipende essenzialmente dalla tradizionale concezione volta a considerare il diritto penale come una sorta di fedele custode delle identità nazionali. In questo senso, viene costantemente rimarcato come il diritto penale sia il ramo del diritto d'impronta più spiccatamente statale⁵⁷, dato che in esso si riflettono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro della cultura nazionale, organizzate in un sistema caratterizzato da proprie specificità dogmatiche. In ambito

⁵⁵ Cfr. *supra* par. 1.

⁵⁶ La sovrapposizione tra sistema giuridico nazionale e dottrina giuridica nazionale, peraltro, si giustifica appieno solo laddove (come nel caso della scuola dell'esegesi) si consideri tale ordinamento come un *corpus* completo e coerente, tale da giustificare il ricorso a una mera interpretazione letterale delle norme di legge e da rendere superflua ogni ulteriore sistematizzazione concettuale. In merito a questa scuola cfr., per tutti, J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2. ed., E. de Boccard, Paris 1924; nonché, limitatamente alla realtà del nostro Paese, G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, p. 75 ss.

⁵⁷ Cfr. già, ad esempio, M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543; ID., *Union européenne et droit pénal*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, p. 608; K. TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3; volendo A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 5.

penale, dunque, l'apprendimento per via comparatistica dell'esistenza di opzioni legislative e giurisprudenziali alternative a quelle adottate dallo Stato di appartenenza, lungi dal prestarsi a suggerire processi omologanti, tende a confermare l'opportunità di salvaguardare le proprie specificità, almeno qualora i sistemi stranieri oggetto di studio siano espressivi di universi storico-culturali profondamente differenti. Quando infatti i sistemi penali in raffronto si radicano su queste diversità, il diritto comparato finisce in modo del tutto naturale col limitarsi a costituire un mero strumento conoscitivo atto a supportare approdi scientifici a carattere essenzialmente antropologico⁵⁸.

Vero quanto sin qui premesso, è allora facile capire che il processo di costruzione europea – facendo riemergere comuni radici culturali e valoriali⁵⁹ – erode le ragioni di fondo del particolarismo penale nazionale e spinge potentemente verso la valorizzazione della funzione unificante/armonizzante della comparazione anche nell'ambito del diritto criminale, favorendo un approccio critico rispetto a molte delle differenze riscontrabili tra le scelte punitive adottate dagli Stati europei. Del resto, la crescita delle affinità socio-culturali tra i Paesi del vecchio continente è testimoniata proprio da quelle “tradizioni costituzionali comuni” in precedenza a più riprese ricordate; e queste ultime, se da un lato sono il frutto dell'attività comparatistica che da sempre caratterizza la nascita delle costituzioni democratiche⁶⁰, dall'altro lato sono state indubbiamente valorizzate dal processo di europeizzazione del diritto.

Negli ultimi decenni, dunque, le affinità culturali e valoriali tra i Paesi

⁵⁸ Come noto, l'antropologia è caratterizzata spesso da un approccio agnostico. Con la conseguenza che qualsiasi norma giuridica, anche la più aberrante e inammissibile dal punto di vista della cultura dello studioso che compara, può apparire giustificabile alla luce delle tradizioni, dei valori, degli stili di vita che sono alla base della suddetta norma.

⁵⁹ Senza andare troppo indietro nel tempo, basti qui ricordare la progressiva affermazione all'epoca del riformismo illuminista settecentesco di principi e valori condivisi in ambito europeo e ricchi di ricadute in sede penale. Cfr., per tutti, M.A. CATTANEO, *I principi dell'Illuminismo giuridico-penale*, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. Vinciguerra, Cedam, Padova 1999, p. 3 ss.; S. STROMHOLM, *L'Europe et le droit*, PUF, Paris 2002, p. 208-209; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 31 ss.

⁶⁰ Cfr., all'interno di una bibliografia assai vasta P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARA (A CURA DI), *Diritto costituzionale comparato*, II, Laterza, Roma, Bari 2014; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova 2019; A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Mondadori, Milano 2017. Cfr. altresì, seppure in una prospettiva essenzialmente sudamericana, S. BAGNI, G. FIGUEROA, G. PAVANI (a cura di), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, I, cit.

europei sono state rafforzate da quei processi di integrazione giuridica e socio-politica che hanno trovato nel Consiglio d'Europa e nella Comunità/Unione europea i loro principali motori. La CEDU e la CDFUE costituiscono la prova provata di un sostrato comune⁶¹ supportato di continuo dalla giurisprudenza delle due Corti europee, e prima ancora favorito da un insieme di fattori indotti dall'attività delle relative organizzazioni regionali. Si pensi innanzitutto alla caduta delle frontiere interne e alla conseguente, incrementata circolazione intracomunitaria dei cittadini europei; al varo di regole comuni o comunque fortemente armonizzate in fondamentali settori del diritto come quelli della concorrenza, del lavoro, delle politiche sociali, dell'ambiente; infine alla promulgazione, da parte sia della Grande sia della Piccola Europa, financo di testi di armonizzazione penale che, appunto, presuppongono un comune sentire e al contempo ne incoraggiano il rafforzamento.

Orbene, in questo nuovo contesto, solo in modesta parte compromesso dalle recenti pulsioni di matrice sovranista e nazionalista tese alla salvaguardia delle alterità tra gli Stati europei, anche in ambito penale il diritto comparato torna prepotentemente ad assolvere una (per vero mai sopita)⁶² funzione critica; una funzione, dunque, di stimolo al ripensamento del diritto criminale vigente⁶³ e alla sua riforma nel segno di una armonizzazione delle legislazioni e delle giurisprudenze penali nazionali⁶⁴ che appunto rifletta il processo di ravvicinamento sociale, culturale e giuridico in atto, e che al contempo ne favorisca un ulteriore avanzamento⁶⁵.

⁶¹ In merito al quale cfr., emblematicamente, L. DI MAJO, A. GASPARRO, M. VITTORI *L'omogeneità di valori nell'Unione Europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *Federalismi.it*, 2014. Merita di essere ricordato che, in funzione di promozione e salvaguardia dei valori comuni dell'UE è stata presentata il 30 maggio 2018 una "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma Diritti e valori"; programma da svolgersi tra il 2021 e il 2027 e i cui obiettivi ulteriormente specificati agli artt. 2 a 5 della Proposta.

⁶² Cfr., in particolare, M. ANCEL, *La méthode du droit comparé en droit pénal*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1949, p. 512 ss.

⁶³ Il prepotente ritorno della funzione critico riformistica del diritto penale comparato in ambito europeo si manifesta in specie a partire dagli anni '70 del secolo scorso. Cfr., esemplificativamente, H.H. JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 803; C. PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, p. 167 ss.

⁶⁴ Cfr., per tutti, F. C. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino 2013; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4. ed., Dalloz, Paris 2016, *passim*.

⁶⁵ Sottolinea il ruolo del diritto comparato nel ravvicinamento delle diverse culture europee (e di riflesso dei relativi diritti) P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, in *Riv. eur. dir.*

Infatti, stante appunto la progressiva convergenza giuridico-culturale in atto nel nostro continente, il mantenimento di scelte incriminatrici e sanzionatorie differenti se non addirittura antitetiche da uno Stato all'altro della Grande e (soprattutto) della Piccola Europa risulta disfunzionale sotto diversi profili⁶⁶.

(I) Innanzitutto, in presenza di siffatte differenze è *la funzione di prevenzione generale cosiddetta "positiva" (o "allargata")* della norma penale – vale a dire la funzione di orientamento culturale dei consociati e di rafforzamento del sistema di valori protetto dall'ordinamento nazionale – a risultare compromessa. Ciò in quanto, in un generale contesto europeo caratterizzato tendenzialmente da un comune sentire (o quantomeno da analoghi dibattiti su scala continentale)⁶⁷ sembra legittimo dubitare della opportunità di mantenere all'interno dei singoli ordinamenti nazionali fattispecie incriminatrici volte a colpire – talora anche con estremo rigore – fatti viceversa da lungo tempo tollerati in altri Paesi europei. Il pensiero corre, innanzitutto, a talune norme penali nell'ambito della bioetica e del buon costume: dall'aborto a taluni trapianti di organi; dalla prostituzione e relative "attività di contorno"⁶⁸ alle diverse ipotesi di aiuto a morire; dal consumo di sostanze stupefacenti alle diverse forme di maltrattamento degli animali.

Del pari, risulta legittimo diffidare della intrinseca equità di scelte repressive nazionali caratterizzate da livelli sanzionatori fortemente disomogenei da quelli riscontrabili in Paesi non solo geograficamente vicini, ma anche portatori di codici culturali e valoriali assai simili. Del resto, è ormai frequente constatare che, quando larga parte degli Stati europei circostanti opta per soluzioni punitive assai diverse da quelle accolte in ambito nazionale, è alta la probabilità che in questa sede sopravvengano riforme legislative o ribaltamenti interpretativi atti a modificare lo stato di fatto.

(II) In ambito europeo, sensibili differenze da uno Stato all'altro in merito

pubbl., 1994, p. 294 ss. e bibliografia *ivi* riportata. Cfr. altresì, in particolare, J. KOHLER, *Über die Methode der Rechtsvergleichung (1901)*, in K. ZWEIGERT, H.J. PUTTFARKEN (a cura di), *Rechtsvergleichung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1978, p. 18 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981.

⁶⁶ Per una più ampia trattazione di tale questione cfr., volendo, A. BERNARDI, *L'harmonisation des sanctions en Europe*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation comparée, Paris 2008, p. 289 ss.

⁶⁷ Al riguardo, sembra possibile affermare che, nella massima parte dei casi, la questione circa la liceità (o il grado di illiceità) di determinati comportamenti problematici trova in Europa risposte caratterizzate più da *diversità trasversali* all'interno dei singoli Stati europei che non da *diversità derivanti dalla nazionalità* di chi viene a porsi tali questioni.

⁶⁸ Quali l'induzione, l'adescamento, lo sfruttamento, il pagamento della prestazione.

alle scelte incriminatrici e ai livelli di sanzione si prestano poi a mettere in crisi anche *la funzione di prevenzione speciale della pena*, quantomeno limitatamente al suo *corollario rieducativo-risocializzativo*. Infatti, anche ammesso che in nome della legalità formale appaia ineccepibile retribuire con le sanzioni previste dalla legge nazionale chi viola le relative norme, si può quantomeno dubitare che necessiti di un percorso di conversione morale e comportamentale l'autore di condotte consentite in molti Paesi i cui ordinamenti si informano agli stessi principi/diritti che caratterizzano il sistema giuridico in cui le medesime condotte sono state commesse e sanzionate. A ciò si aggiunga che l'applicazione in un dato Stato di pene severe per fatti in altre parti dell'Europa puniti assai meno gravemente possa indurre nell'autore sentimenti di rancore e ribellione tendenzialmente antitetici a qualsiasi processo di recupero sociale.

(III) Ancora, tra Paesi (come in particolare quelli appartenenti all'Unione europea) strettamente interconnessi, in presenza di regole penali significativamente differenti da uno Stato all'altro risulta assai elevato il rischio di *forum shopping*, quantomeno in relazione a taluni comportamenti a carattere intrinsecamente "non seriale". Si tratta di un rischio che talora si cerca di sconfiggere abbandonando per certi reati il principio di territorialità e abbracciando il principio di personalità attiva. Emblematica, al riguardo, la disciplina dell'aborto in Germania e Irlanda, Paesi confinanti con Stati – in particolare, Regno Unito e Danimarca – sul punto ben più lassisti⁶⁹. Orbene, attraverso il ricorso al principio di personalità attiva in Germania e Irlanda si cerca appunto di punire ad ogni costo le proprie cittadine che decidono di abortire, anche se all'estero; così come si cerca di punire financo i medici che, svolgendo il loro lavoro in uno Stato vicino più permissivo, in materia di aborto si attengono alla normativa del luogo. In questi casi gli studi di diritto comparato da un lato risultano intrinsecamente criminogeni, segnalando "scientificamente" la possibilità in Paesi vicini di effettuare o sottoporsi a trattamenti vietati nel Paese di residenza⁷⁰ confidando nel fatto

⁶⁹ Cfr., D. BALESTRIERI, C. GIRALDI, *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*, Cedam, Padova 2000, p. 18; E. DREHER, H. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, München 1993, p. 51.

⁷⁰ Invero, l'attitudine criminogena di siffatti studi di diritto comparato si manifesta anche in relazione a taluni reati rispetto ai quali non si applica il principio di personalità attiva. Basti pensare, al delitto di "omicidio del consenziente" disciplinato in Italia dall'art. 579 c.p. e al delitto di "istigazione o aiuto al suicidio" di cui all'art. 580 c.p.; delitti di cui, alla luce del principio di territorialità, risulta lecita solo la parte di condotta realizzata nei Paesi in tema di "fine vita" più lassisti del nostro anche dopo la sent. 242/2019 della Corte costituzionale, ma non certo la parte di condotta commessa in Italia.

di non essere scoperti; dall'altro lato evidenziano le contraddizioni insite nell'affievolimento e financo nell'eliminazione di quelle barriere (le "frontiere interne", per l'appunto) atte più di ogni altra cosa a segnalare a chi le varca che sta entrando in un altro "universo normativo" all'interno del quale ben possono esistere regole comportamentali diverse da quelle vigenti all'interno dello Stato di provenienza. Conseguentemente, le summenzionate differenze appaiono, a ben vedere, particolarmente problematiche e financo irrazionali (dunque disfunzionali in una materia che, come quella penale, trova innanzitutto nella ragionevolezza la sua persuasività) quando riscontrate nell'ambito dello Spazio Schengen. Infatti il venir meno di ogni frontiera interna tra gli Stati appartenenti a tale Spazio non parrebbe denotare solo una semplice situazione di "buon vicinato" tra di essi, ma sembra sottendere una sintonia socio-culturale verosimilmente destinata a riflettersi sul piano normativo. In questo senso, la piena libertà di circolazione instaurata nell'Area Schengen rende stonate (e di conseguenza sconsigliate rispetto ai corollari della prevenzione penale non incentrati sulla intimidazione e sulla neutralizzazione) vistose differenze nelle scelte punitive nazionali.

Quanto appena osservato non equivale a sostenere che l'appartenenza all'area Schengen implichi per i relativi Stati l'obbligo di scelte sanzionatorie del tutto identiche; e questo men che meno in settori, come quello appunto della bioetica, sottratti alla competenza penale concorrente dell'Unione europea. Ma una cosa non obbligatoria può pur sempre essere inopportuna. E dunque, alla luce di quanto sin qui osservato, mi sento di ribadire quanto affermato al riguardo più di quindici anni fa. Che cioè «la conoscenza "da comparazione" delle profonde divergenze tuttora presenti tra gli Stati europei in ordine alla scelta di punire o meno (ovvero, in subordine, di punire in modo significativamente diverso) taluni comportamenti di dubbio significato criminologico⁷¹ rischia di implicare una perdita di "legittimazione del diritto nazionale vigente". Perdita cui potrà porsi rimedio, con ogni probabilità, solo in due modi: grazie ad un processo di attenuazione di tali divergenze all'interno dei sistemi penali dei Paesi UE⁷²; ovvero, all'opposto, tramite un processo a ritroso teso a far riacquistare a tali sistemi il loro risalente carattere "autarchico". Processo, questo, verificabile con ogni probabilità solo nella deprecata ipotesi che fatti socio-politici di estrema gravità determinino un progressivo "allontanamento" tra gli Stati dell'Unione, inducendoli a rimarcare le loro differenze politiche, culturali

⁷¹ Si pensi, appunto, ai reati in materia di bioetica e di buon costume.

⁷² In argomento cfr., volendo, A. BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss. e, in particolare, p. 12-13. Sia pure in forma alquanto attenuata, lo stesso discorso può essere fatto con riferimento ai Paesi membri del Consiglio d'Europa.

e giuridiche, anche attraverso la reintroduzione delle barriere doganali»⁷³.

Quando scrivevo queste cose, ovviamente, la *Brexit* era ancora *in mente Dei*. Così come nessuno ipotizzava che nel Regno Unito le attuali forze politiche di maggioranza avrebbero auspicato anche l'uscita dalla CEDU⁷⁴. Pure, quest'ultima presa di posizione è stata in larga parte dovuta proprio alla precisa volontà del Governo d'Oltremarica di sottrarsi a talune sentenze della Corte EDU che, alla luce degli sviluppi dati da quest'ultima a certi principi/diritti fondamentali iscritti nella CEDU, obbligavano⁷⁵ il Regno Unito ad adeguare la sua legislazione a un comune *standard* europeo rinnegando certe sue prese di posizione in questioni a carattere, volta a volta, *stricto* o *lato sensu* penale⁷⁶.

⁷³ A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino 2004, p. 77 ss.

⁷⁴ È soprattutto a partire dal 2012 e 2013 che le forze politiche conservatrici hanno preso di mira la CEDU, ritenuta colpevole sia di rappresentare – sia pure attraverso la giurisprudenza della sua Corte – un ostacolo alla libertà di “agire nell'interesse nazionale”, sia di fornire “un'interpretazione folle del nostro sistema di diritti umani”. Nel 2016, Theresa May ha ulteriormente alzato il tiro, proponendo *tout-court* di far uscire il Regno Unito dalla CEDU. Sul punto cfr., *amplius*, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 152 ss.

⁷⁵ O meglio, avrebbero obbligato il Regno Unito, se questo non si fosse rifiutato di ottemperare alle suddette sentenze della Corte EDU, sfruttando l'attuale incapacità di fatto del “sistema CEDU” di sanzionare gli atti di insubordinazione dei Paesi membri, in ragione della insufficienza dell'attuale arsenale sanzionatorio, della complessità delle procedure richieste previste per l'irrogazione delle sanzioni applicabili, e soprattutto della scelta politica di non espellere dalla CEDU (se non in casi assolutamente eccezionali) i Paesi che si ribellano agli arresti dei giudici di Strasburgo. In argomento cfr., volendo, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 121 ss.

⁷⁶ Si pensi, ad esempio, alla scelta di escludere dal diritto di voto di tutti i condannati in via penale per l'intera durata della loro detenzione, contrastante con l'art. 3, Protocollo n. 1 CEDU secondo quanto affermato a più riprese dalla Corte EDU (cfr., per tutte, Grande Camera, sent. 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*; in dottrina cfr., per una completa rassegna di tutte le analoghe sentenze di condanna della Corte EDU, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 864 s.); all'assenza dell'obbligo per il giudice britannico di “esaminare o far esaminare i testimoni a carico”, contrastante col diritto a un equo processo di cui all'art. 6 CEDU in base a quanto affermato dalla sez. IV della Corte EDU nella sent. 20 gennaio 2009 *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (peraltro, a fronte della precisa volontà del Regno Unito di non rispettare questa sentenza, la Grande Camera, nella sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ha abbandonato la posizione rigoristica assunta dalla Sez. IV: cfr. R. CARNWATH, *Il ruolo sussidiario della CEDU nel sistema giudiziario britannico* (20 settembre 2013), http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/incontro_studio/Lord_CARNAATH.pdf, p. 4 s.; ovvero alla scelta di mantenere in archivio i dati relativi al DNA di persone innocenti per un periodo massimo

Un'ultima osservazione circa l'esigenza di attenuare quanto più possibile le differenze tra le scelte punitive previste in ambito europeo e sul ruolo della comparazione in questo percorso di ravvicinamento. Anche ulteriori ragioni a carattere più strettamente "comunitaristico" concorrono a evidenziare la necessità di dar vita a un ravvicinamento siffatto.

Può accadere, infatti, che sia la stessa Unione europea a ritenere intollerabili e dunque meritevoli di sanzione penale fatti per i quali alcuni Paesi membri non prevedono il ricorso al diritto criminale⁷⁷; in particolare, può accadere che l'Unione ritenga sussistano *deficit* nazionali di protezione rispetto a discipline extrapenali armonizzate da norme UE. Del pari, può accadere che l'Unione ritenga inadeguato l'attuale livello di armonizzazione delle discipline sanzionatorie nazionali poste a tutela di precetti di fonte europea, in quanto inidoneo a garantire l'effetto utile di tali precetti, dunque incapace di assicurare una almeno tendenziale equiparazione dei cittadini europei di fronte alla legge, favorendo i succitati fenomeni di *forum shopping*. Per altro verso, può poi accadere che l'Unione ritenga certe scelte sanzionatorie nazionali (non attuative di precetti europei) senz'altro troppo severe, così da compromettere gli scopi del Trattato⁷⁸.

Orbene, anche in questi casi il diritto comparato riesce ad assolvere la sua funzione critica, da un lato individuando i dislivelli sanzionatori esistenti tra gli Stati UE in ambiti normativi soggetti alla competenza concorrente dell'Unione, dall'altro lato suggerendo il modo in cui porre coattivamente

di dodici anni, nonostante ciò sia considerato dalla Corte EDU violare il diritto alla *privacy* di cui all'art. 8 CEDU: Grande Camera sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*. In merito a tale "scelta di ribellione" cfr. Z. JAY, *Keeping Rights at Home: British Conceptions of Rights and Compliance with the European Court of Human Rights*, in *Brit. Jour. Pol. Int. Rel.*, 2017, p. 24.

⁷⁷ Cfr., in particolare, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa 2009, p. 272 e bibliografia *ivi* riportata. Sui possibili contrasti tra Unione e Paesi membri in tema di scelte sanzionatorie cfr. già C. SOTIS, *Diritto comunitario e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino 2002, p. 44 ss.

⁷⁸ Ad esempio, la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibili con il principio di libera circolazione dei lavoratori (all'epoca sancito dall'art. 48 Tr. CEE) le sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità delle infrazioni relative alle formalità d'ingresso, in un Paese membro, di soggetti residenti in altri Paesi della (allora) Comunità europea. La Corte ha puntualizzato che «tra le sanzioni comminate per l'inosservanza delle formalità prescritte per la notifica e per la registrazione [dell'ingresso], è indubbiamente in contrasto con la disciplina comunitaria l'espulsione di soggetti tutelati dal diritto comunitario, in quanto tale provvedimento costituisce la negazione del diritto» di libera circolazione (sent. 7 luglio 1976, causa C-118/75, *Watson e Belmann*).

rimedio a tali situazioni. È infatti per via comparatistica⁷⁹ che la Corte di giustizia ha progressivamente sviluppato quel principio di proporzione della sanzione dapprima ricavato dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 5 Tr. CEE⁸⁰ e oggi espressamente previsto all'art. 49, par. 3 CDFUE⁸¹. Attraverso il ricorso a tale principio, anche in assenza di esplicite indicazioni al riguardo da parte del legislatore comunitario⁸², la Corte ha così avuto modo di affermare che in capo ai Paesi membri grava l'obbligo di astenersi dal prevedere e applicare sanzioni sproporzionate per eccesso⁸³; così come grava l'obbligo di tutelare con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive i precetti di fonte UE⁸⁴, e financo – rispetto a taluni precetti di fonte UE caratterizzati dalla particolare importanza dei beni/interessi sottostanti e dalla gravità delle conseguenze derivanti dalla loro violazione – l'obbligo di prevedere e applicare sanzioni nazionali formalmente penali⁸⁵.

In definitiva, quindi, la comparazione consente di evidenziare le scelte

⁷⁹ In particolare, attraverso lo studio dell'ordinamento tedesco. Peraltro il principio di proporzione, ancorché particolarmente valorizzato della giurisprudenza costituzionale tedesca, costituisca un principio generale accolto – sotto nomi e forme diverse – dalla massima parte degli ordinamenti interni e dalla stessa Corte EDU (cfr. già M. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1978, p. 463 ss. Con la conseguenza che è stato naturale per la Corte di giustizia fare tesoro di tutti questi diversi apporti in merito al principio in questione, ricorrendo volta a volta al criterio del “*maximum standard*”, dell’“orientamento prevalente” ovvero della “*better law*” (in merito ai quali cfr., *supra* par. 2.2).

⁸⁰ In base al quale «gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato».

⁸¹ In base al quale «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

⁸² Non di rado, infatti, sono le stesse fonti UE di diritto derivato (decisioni quadro, regolamenti e direttive) a indicare la necessità di assoggettare a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive quanti violino tali norme. Per non parlare poi dei casi in cui le fonti in questione indicano anche il tipo e financo i limiti di pena applicabili a tali violazioni. In argomento cfr., volendo, A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, cit., p. 195 ss.

⁸³ Cfr. già sent. 8 aprile 1976, causa C-48/75, *Royer*; sent. 15 dicembre 1976, causa C-41/76, *Donckerwolcke*; sent. 14 luglio 1977, causa C-8/77, *Sagulo e altri*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr., volendo, A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, cit., p. 197 ss.

⁸⁴ Corte di giustizia CE, sent. 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*.

⁸⁵ Cfr., in particolare, Corte di giustizia ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88, *Zwartveld*, cit.; Id., sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*, cit.; Id., sent. 9 dicembre 1997, *Commissione c. Francia*, in Racc., 1997, p. I-6959 ss.; Id., sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*.

penali le cui differenze da uno Stato all'altro appaiono criticabili in misura direttamente proporzionale alla volontà dei suddetti Stati di attuare un processo di reciproca integrazione culturale, sociale e politica.

Massimo Donini

I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica

SOMMARIO: 1. Il tradizionale conflitto del metodo comparato con quello dogmatico, nonostante l'accresciuta importanza "pratica", e non solo "scientifica", della comparazione – 2. Trentaquattro tipi di comparazione? – 3. I due modelli fondamentali "di base", oltre la is/ought question – 4. Segue: l'alibi della scientificità di un metodo "descrittivo-avalutativo" e la giurisprudenza "universale" giusrazionalistica – 5. Il ruolo dell'uropeismo pseudo-comparato nel conflitto politico tra sovranità e diritto straniero – 6. L'estendersi dell'oggetto della comparazione al ius oltre la lex, ai "sistemi giuridici" e al processo, rende impossibile la comparazione descrittivo-avalutativa – 7. Che cosa è successo alla comparazione penale ai primi del Novecento. Il confronto tra von Liszt e Radbruch e la vittoria del metodo tecnico-giuridico in Italia – 8. Crisi del giuspositivismo e metodi "scientifici" universalizzanti di dogmatica comparata – 9. Paesi forti ed esportazione dei modelli. Dalla massiccia germanizzazione ai dialoghi apparenti col common law – 10. L'impatto del diritto europeo tra internazionalizzazione e comparazione – 11. L'idea "sovversiva" che la comparazione sia costitutiva per il metodo della dogmatica – 12. Contro la prassi di una "scienza nazionale". Internazionalizzazione della scienza e comparazione. Il ruolo di iura et leges in questo contesto – 13. Comparazione e costituzionalismo penale: il retaggio dell'aristocrazia penale e l'allargarsi degli attori e dei linguaggi del discorso penalistico – 14. Democratizzazione del discorso penale, biblioteche digitali e linguaggio – 15. Il tertium comparationis oltre il formalismo

1. Il tradizionale conflitto del metodo comparato con quello dogmatico, nonostante l'accresciuta importanza "pratica", e non solo "scientifica", della comparazione

In diritto penale sostanziale la comparazione è oggi apprezzata non solo per le imprescindibili "prestazioni" nel campo della legislazione europea e internazionale¹, quale supporto costante delle migliori progettazioni

¹ Nel senso che in ambito penalistico l'armonizzazione e la legislazione europea e l'internazionalizzazione della giustizia penale (ICC e Statuto di Roma) hanno contribuito in modo decisivo a rendere indispensabile la comparazione, trasformandola da disciplina teorica e culturale (ciò che rimane) a disciplina anche di fondamentale importanza pratica (valenza e utilizzo aggiuntivi), E. GRANDE, *Comparative Criminal Justice*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (Eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 192 s.

di riforma legislativa e collaudo “empirico” degli stessi orientamenti giurisdizionali, di legittimità, costituzionali etc.²; o quale “metodo” di una cultura giuridica adatta alla globalizzazione³; essa è anche un requisito riconosciuto di scientificità di un prodotto di analisi giuridica che vede, grazie ad essa, ampliarsi il campo di indagine e di verifica: le basi della conoscenza appaiono più solide, così come lo sono allargando l’orizzonte a una comparazione diacronica o storica⁴. Su tali premesse, attualmente, esistono giudizi di concorsi universitari penalistici dove singole opere monografiche o interi *curricula* di candidati che non contengano analisi comparate⁵ sono svalutati come carenti sotto il profilo metodologico.

Si tratta chiaramente di innovazioni molto rilevanti in questo ambito disciplinare tradizionalmente “nazionalistico” dopo l’età del tecnicismo – ancora oggi nessuno farebbe rilievi di quel tipo a un penalista inglese, tedesco o francese –, perché per molto tempo era la carenza di analisi o di basi “dogmatiche”, non di quelle comparate, a pregiudicare la valutazione di uno studio di diritto penale che avesse ambizioni scientifiche. Presentando una qualità scientifica orientata all’applicazione, uno studio dogmatico poteva anche vantare riconosciute virtù prasseologiche.

Nulla esclude che in futuro, come in alcune fasi della storia giuridica, soprattutto penalistica, del Novecento, la valenza del diritto come scienza sociale, e non solo normativa, rafforzi l’importanza delle conoscenze empiriche dei fenomeni regolati, ridimensionando la comparazione sulle norme. Cercare le cause, anziché le colpe, resta un obiettivo illuminato delle scienze penali. Si tratta peraltro di prospettiva da sempre sottodimensionata rispetto al normativismo dominante.

1.2. In area occidentale, e di *civil law*, la dogmatica era apprezzata anche se attingeva a modelli stranieri, per es. di lingua tedesca, talvolta anche (o a seconda degli argomenti) di lingua inglese o francese, ma non perché quelle

² K. AMBOS, *Lo stato attuale e il futuro della comparazione penalistica*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 719 ss.; e già il programma comparato del (passato) quindicennio delle linee di ricerca del *Max-Planck-Institut* di Friburgo in Brisgovia: H.-J. ALBRECHT, U. SIEBER (a cura di), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*, Duncker & Humblot, Berlin 2006, e in particolare U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, *ivi*, pp. 35 ss. e 44 ss.

³ J. BASEDOW, *Comparative Law and its Clients*, in *62 Am. J. Comp. Law*, 2014, p. 821 ss.

⁴ Cfr. A. CADOPPI, *Fondamenti di storia del diritto penale* (2012), in *Id.*, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Cedam, Padova 2014, p. 6; *Id.*, *Cento anni di diritto comparato in Italia* (2000), in *Id.*, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2. ed., Padova, Cedam 2004, pp. 20 ss. e 41 ss., e qui l’individuazione di sei livelli di comparazione.

⁵ L’input metodologico non si estende in verità anche alle analisi di tipo storico, ritenute di interesse eventuale, non imprescindibile in chiave di analisi scientifica del diritto penale.

influenze o quelle fonti costituissero un banco di prova comparatistico: era soprattutto l'esigenza di un allargarsi dell'orizzonte culturale a letterature influenti e apprezzate sul piano culturale, magari anche solo a singoli autori o dottrine.

Anzi, proprio quelle culture "di riferimento" erano e restavano ben lontane dall'impiego di un metodo comparato e sono tradizionalmente state viceversa fortemente e paradossalmente nazionaliste. Non deve ingannare che in quelle lingue si trovino alcuni (non moltissimi) contributi molto informati e istruttivi sulla comparazione anche penalistica: essi costituiscono eccezioni assolute rispetto alla prassi quotidiana del lavoro del penalista "nazionale" di lingua inglese, francese e tedesca.

Comparazione e dogmatica, o vs. dogmatica, dunque, costituiscono da sempre un binomio o un'antinomia⁶, a seconda dei punti di osservazione: come possano o debbano vivere in simbiosi e unità è oggetto dell'analisi che cerchiamo di sviluppare.

2. Trentaquattro tipi di comparazione?

In una monografia di sintesi molto istruttiva sulla comparazione penalistica Albin Eser, già direttore del *Max Planck Institut für internationale und ausländisches Strafrecht* di Friburgo in Brisgovia⁷, enumera trentaquattro di tipi di comparazione, commentandoli poi nel corso dello studio⁸. Essi spaziano dalla comparazione giudiziale, legislativa, di giurisprudenza

⁶ Tratteggiati molto bene, per es., a suo tempo da C. PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 169 ss. e 173 s.; ma poi anche da F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3. ed., Giappichelli, Torino 2013, p. 19 ss. Nel senso che la comparazione sarebbe opposta alla dogmatica, del resto, v. testualmente R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino 1992, p. 51; similmente S. VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in ID., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, 2. ed., Cedam, Padova 2002, p. 33.

⁷ Ora (dal 2019) l'Istituto ha cambiato denominazione, *Max Planck Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law)*, sottodimensionando programmaticamente la comparazione, ma continua a ospitare la biblioteca penalistica comparata più ricca del mondo. V. sul punto quanto osservato *infra*, al par. 9 e a nt. 62.

⁸ A. ESER, *Comparative Criminal Law*, Beck, Hart, Nomos, München etc. 2017, p. 15 ss. (n. a margine 29 ss.).

teoretica, a quella descrittiva, valutativa, funzionale, sistematica, strutturale, casistica, di valori, critica, sovversiva, armonizzatrice, induttiva, orientata all'esportazione o importazione di modelli, accademica etc. Si aggiungono poi altre classificazioni interne o trasversali a queste elencate, costituite da micro e macro comparazione, comparazione nella ricerca di base, comparazione universale o come grammatica internazionale etc.⁹

In fatto di classificazioni gli autori di lingua tedesca sono sempre stati molto prolifici: sì che non è trascorso molto tempo e già le tipologie elencate da Eser hanno visto registrare altre specie di comparazione: verticale, orizzontale, circolare, orientata ai fondamenti, al "sistema penale", etc.¹⁰.

Rispetto a molte di queste classificazioni un po' ridondanti, ma di indubbio valore ricognitivo, c'è peraltro un problema di fondo che merita di essere evidenziato a grandi caratteri e che in realtà nel caleidoscopio delle specie e dei generi potrebbe rischiare di rimanere un po' sottotraccia.

Quando si analizzano gli usi della comparazione giuridica o penalistica si livellano gli studiosi che conducono le ricerche, perché non sono i soggetti e le loro "precomprensioni" a essere messi in gioco, ma la loro attività, il metodo o al limite i loro "clienti", cioè i diversi possibili destinatari del lavoro comparato.

Se invece si inserisce anche la prospettiva politica nazionale in questo lavoro di analisi, o anche l'autocomprensione dell'attività di studio del diritto straniero e di confronto con esso, emerge un dato sorprendente: che esistono due visioni del tutto divergenti del confronto con il diritto straniero.

3. *I due modelli fondamentali "di base", oltre la is/ought question*

La comparazione può essere vista, infatti,

a) come disciplina autonoma, con un suo indipendente valore epistemico, vale a dire la comparazione come scienza descrittivo-ricognitiva, e persino quasi (ma mai del tutto) avalutativa di quanto accade in ordinamenti stranieri, con funzione prettamente conoscitiva: non necessariamente "unificante", perché eventualmente divisiva e relativizzante. Questo approccio avvicina il comparatista allo storico; oppure può essere intesa (senza negare quella prima dimensione):

⁹ *Ivi*, p. 33, nt. 183 e n. a margine 65.

¹⁰ K. AMBOS, *Lo stato attuale e il futuro della comparazione penalistica*, cit., pp. 720 ss. e qui (pp. 732 ss., 739 s. e 741 ss.) un particolare voto a favore di un metodo circolare e funzionale di comparazione sui dati strutturali dei sistemi giuridici.

b) come metodo strumentale e integrante l'interpretazione, la prassi, la dogmatica/teoria generale, i progetti di riforma e la legislazione: la comparazione quale metodo di ricostruzione di verità o anche solo di nuclei concettuali trasversali, veri e apparenti, di categorie e istituti, di dialogo scientifico, di soluzioni armonizzabili dei problemi strutturali regolati etc., con funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva, ma comunque "applicativa".

Questa rimane, a mio avviso, la bipartizione classificatoria più importante di tutte, perché tutte le altre in fondo "girano attorno a queste due".

Chiamo questi due modelli:

a) il modello della comparazione "pura" come scienza autonoma, non "positiva"¹¹, ma semmai storica, cioè slegata dai problemi del concreto ordinamento "di partenza" del ricercatore, ma anche dall'esigenza di "applicare" il diritto straniero ricostruito: come se un ordinamento di partenza, o un punto di osservazione, non esistessero¹², essendo il giuspositivismo messo semmai "in crisi" da un sapere aperto ai più diversi formanti (legislativo, giurisprudenziale, dottrinale etc.) e a diverse culture che il positivista giuridico tende a ignorare o selezionare in chiave nazionale: è come se non esistesse uno scopo diverso dalla pura conoscenza in questo tipo di approccio comparato¹³;

b) il modello della comparazione come metodo, "integrato" nell'attività applicativa del diritto; e dunque in funzione vuoi teorico-pratica, vuoi dogmatica o di riforma¹⁴. *L'applicatio*¹⁵ attribuisce qui alla comparazione

¹¹ A tutto tondo il contrasto tra comparazione e giuspositivismo in A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 3 ss.

¹² Ma esistono: perché una analisi della legislazione penale del lavoro condotta sul sistema inglese da parte di un ricercatore spagnolo, tedesco, francese o italiano, produrrà *risultati in parte differenti*. Sulle tesi di Trento (1987), che esaltano questo punto di vista scientifico-descrittivo, v. R. SACCO, A. GAMBARO, G. MONATERI, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Utet, Torino 1988, p. 48 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 5 ss.; A. GAMBARO, *The Trento Thesis*, in 4 *Glob. Jur. Front.*, 2004, p. 1 ss. Sui limiti di quella impostazione per l'impiego della comparazione nella dogmatica, v. il cap. 4 del nostro *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 188 ss.

¹³ V. la critica di A. ESER, *Comparative Criminal Law*, cit., p. 21 ss. (n. a margine 46-49).

¹⁴ Così anche chi scrive nella voce *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, XIV, Utet, Torino 1999, p. 236 s., muovendo dal postulato che una scienza (solo) nazionale sia una contraddizione in termini. V. in seguito, in modo del tutto convergente, V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 112 ss. e 130 s.

¹⁵ Sul concetto di *applicatio* riferito all'ermeneutica resta fondamentale H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 3. ed., J.C.B. Mohr, Tübingen 1972, trad. it.: *Verità e metodo*, 2.

un orientamento e un senso completamente diverso rispetto al primo paradigma¹⁶.

Questo secondo modello¹⁷ è piuttosto ricorrente negli studi dei penalisti (almeno italiani), ma esistono tante realizzazioni “miste” di entrambi quei macro-orientamenti, di ottimo livello e grande interesse scientifico¹⁸.

ed., Bompiani, Milano 1983, pp. 358 ss. e 382 ss.

¹⁶ V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 188 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., p. 236 s. Il richiamo a una forma di *applicatio* nella comparazione si spiega in termini gadameriani di un'ermeneutica che mira sempre all'uso pratico, a uno scopo applicativo, non conoscitivo “puro”. L'opposizione tra la comparazione come disciplina e come metodo, del resto, che rispecchia questo contrasto, fu come noto al centro del primo congresso internazionale di diritto comparato, svoltosi a Parigi nel 1900 e che segna l'atto di nascita della comparazione moderna. V. gli atti del *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, I-II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1905-07, e in particolare i Rapporti di E. LAMBERT, I, p. 26 ss. e R. SALEILLES, II, p. 167 ss. (anche in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 383 ss.). Il tema sarà poi ripreso pressoché in tutte le introduzioni al diritto comparato, anche dopo il superamento della stagione iniziale che assegnava alla comparazione sia una autonomia scientifica di scienza culturale (non di diritto positivo nazionale), sia il ruolo unificante che rispetto all'età antica svolse il diritto romano, cioè una sorta di *ius commune* europeo (Saleilles, Lambert, Lévy-Ullmann): aspirazione che dovrà infrangersi contro gli effetti della Prima guerra mondiale, e poi della Seconda, per risolversi nella ricerca di obiettivi più relativistici nel dialogo tra sistemi differenti, soprattutto con l'allargarsi della comparazione al diritto pubblico e a quello penale, al *common law* e ad alcuni modelli non occidentali. Sui primi decenni di questa evoluzione v. M. ANCEL, *Les grandes étapes de la recherche comparative au XX siècle*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 23 ss.; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, J.C.B. Mohr, Tübingen 1984, trad. it.: *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, I, Giuffrè, Milano, 998, p. 56 ss. Per un quadro più attuale M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, con una scelta opportuna di studi nazionali o per aree. Per una storia della comparazione penalistica A. ESER, *Comparative Criminal Law*, cit., p. 5 ss.; M.D. DUBBER, *Comparative Criminal Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 1280 ss., oltre agli scritti di A. Cadoppi e S. Vinciguerra cit. *supra* alle nt. 5 e 7.

¹⁷ Nell'ambito delle “scuole” (non penalistiche) dei comparatisti italiani, l'orientamento a scopi applicativi, politici e di riforma, della comparazione è sicuramente un tratto dell'indirizzo promosso da Mauro Cappelletti e Vittorio Denti: cfr. M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis 1971. Rinvio a E. GRANDE, *Development of Comparative Law in Italy*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 91 ss. *Amplius* su Cappelletti comparatista il 14. vol. dell'*International Journal of Constitutional Law*, 2016; C.V. GIABARDO, *Mauro Cappelletti's Methodology in Comparative Civil Justice and the Coercitive Power of Courts as a Case Study*, in L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO (a cura di), *Approaches to procedural Law. The pluralism of Methods*, Nomos, Baden-Baden 2017, p. 67 ss.

¹⁸ Diversi esempi: E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Giuffrè, Milano

1985, dove il momento conoscitivo-descrittivo, prevalente nel primo capitolo comparato-europeo, non è mai “puro”: la descrizione è ricostruzione critica, e le si affiancano “successive” costruzioni di modellistiche con un finale confronto comparato in funzione prescrittiva; analogamente, con una comparazione plurilingue autonoma ma dentro a un contesto argomentativo unitario, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milano 1997; v. ora, con marcato spostamento della visuale sul *common law*, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2014; e in uno studio di parte generale F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli 2018, pp. 219 ss. e 312 ss.; paradigmaticamente orientati alla conoscenza di un sistema straniero, ma in chiave comunque di attenzione applicativa nazionale, G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padova 1996; A. R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto con il sistema civile*, Giappichelli, Torino 2009. Una comparazione più “funzionalista” in vista della *applicatio* nel libro di Cadoppi sul precedente (comparazione per innesto culturale): A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999 (2. ed. 2014). Analogamente (da opposte opzioni teoriche) i due studi di Curi e di Canestrari nelle parti riguardanti il modello angloamericano della *recklessness*: F. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, Milano 2003; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano 1999. Più ampi nella comparazione, ma sempre in un quadro prettamente teorico tra comparazione conoscitiva e dogmatica comparata, secondo un diverso *mélange* nell'impiego di letteratura straniera, i libri sulla colpa di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1990; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano 2009, o quello di G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Firenze 2012, con una espressa parte rilevante di “storia della dogmatica” sulla responsabilità degli enti. Più estesi in senso anche diacronico (storia del diritto) e non solo sincronico (comparazione orizzontale) i libri di A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, Padova 2000; G. P. DEMURO, *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, I, Giuffrè, Milano 2007; ID., *Il dolo. L'accertamento*, vol. II, Giuffrè, Milano 2010 (storia e comparazione) e di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano 2012. I lavori che hanno privilegiato la “comparazione” con la dottrina (più che la legislazione) di lingua tedesca, non sono lavori di vera “comparazione”, ma di *dogmatica internazionale*. L'intera letteratura del Novecento è costellata di questi studi. Diverso è il discorso quando il raffronto si allarga a plurimi sistemi culturali. Diversi ancora, per larghezza di vedute, gli studi di comparazione *anche legislativa e di sistema* (scienza della legislazione). In tal caso è più pratico e agevole che si tratti di *lavori in team*: cfr. per es. M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova 2000; L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano 2014; A. FIORELLA (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, I-II, Jovene, Napoli 2012; S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, Heidelberg etc. 2014; F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Springer, Heidelberg etc. 2017.

L'accostamento dei due modelli solo in apparenza antitetici, ma in realtà compresenti di scienza, lo ritroviamo per es. nelle ricerche che affiancano le analisi comparate (descrittive) al discorso nazionale (prescrittivo), senza “integrare” in apparenza i piani, se non nel momento finale¹⁹.

¹⁹ Ricordo il classico modello di vari studi contenenti parti cospicue di diritto straniero che precede la comparazione o la disamina del sistema nazionale (per es. M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano 1990; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1987; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano 2001; e viceversa amplissime ricerche di diritto e dogmatica comparati soprattutto con la letteratura tedesca, seguite da una verifica di diritto straniero ad ampio raggio internazionale (p. 1057 ss.), in A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, Cedam, Padova 1988. Ancora: una comparazione descrittivo-conoscitiva, la più calata nei contesti di origine, molto attenta alla parte descrittiva, e tuttavia sin da subito profondamente critica nella ricostruzione, si può rinvenire nelle opere, paradigmatiche sotto questo profilo, di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2001 (raffronto col sistema tedesco); G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2013 (raffronto con vari sistemi giuridici europei e latinoamericani). Una tendenza recente registra una peculiare attenzione a realtà giuridiche nordamericane (USA), di *common law* o del Regno Unito (UK), spesso con annessi quadri di riferimenti europei (UE) convenzionali o euro-unitari, ma il tipo di comparazione resta spesso il medesimo ora indicato: la realtà normativa per esempio statunitense ha preso il posto di più frequenti comparazioni passate con aree di lingua tedesca o francese e questa analisi magari precede (talora segue) quella nazionale e quella europea, dove i Paesi UE non vengono più considerati nella loro identità nazionale, ma insieme come appartenenti a uno stesso “ordinamento sovranazionale” e il tutto viene quindi “applicato” al discorso nazionale: per es. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, ESI, Napoli 2012; D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, BUP, Bologna 2012; V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, BUP, Bologna 2014; S. ZIRULLA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 2018; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Giappichelli, Torino 2019. Tutto dipende peraltro dalle materie trattate. Quanto più il tema si fa di parte o di teoria generale, tanto più attrattivo diventa un discorso di dogmatica comparata dove il formante tradizionale di lingua tedesca e quello di *common law* rimangono in genere i più frequentati. Per l'utilizzo sicuramente descrittivo di diversi modelli legislativi o teorici stranieri, ma anche molto orientato al discorso applicativo nazionale, si cfr., volendo, anche i nostri *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, cit.; *Modelli di illecito penale minore, Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, C. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del prodotto, sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare*, Cedam, Padova 2007, p. 201 ss. Di recente V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino 2018; L. GIOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli 2019; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino 2018 (uno dei pochi studi di diritto penale costituzionale comparato). In generale, tra i contributi probabilmente più rilevanti di comparazione correlata a sistemi positivi, e dunque anche a complessi normativi, anziché a dottrine, vanno annoverati vari studi di *parte speciale o di diritto penale dell'economia*.

La “grande divisione” tra questi due paradigmi corrisponde in qualche misura alla *great division* della *is/ought question*, del rapporto fatti/valori, o essere/dover essere nella storia del pensiero filosofico e scientifico, che ha occupato praticamente tutto il Novecento. Ora non affronteremo qui questa tematica, ma è bene che la si consideri come uno scenario storico immanente al dibattito del Novecento. Si consenta qui una sola premessa.

Se anche si volesse continuare a seguire una prospettiva di non cognitivismo in etica²⁰, questo non implica che esso debba valere anche per il diritto: il diritto è un dover essere molto “costruito”, a suo modo artificiale, tecnico, basato su ragionamenti epistemico-teorici e pratici, su programmi di scopo, non certo su meri imperativi, e tantomeno su imperativi categorici. Esso impone una peculiare metodologia costruttiva di regole che sappiano mediare tra premesse conoscitive di fatto e programmi di politica sociale²¹. Di qui la necessità che la dicotomia tra fatti e valori, conoscenze di fatto e scopi deontologici trovi strumenti specifici di collegamento e dialogo. Mettere in campo la fallacia naturalistica, la legge di Hume, per giustificare una comparazione descrittiva (che si giustifica da sé a prescindere, ma accanto ad altri tipi di comparazione), serve molto a suffragare la purezza nazionalista – si passi l’ossimoro – della dogmatica.

4. *Segue: l'alibi della scientificità di un metodo “descrittivo-avalutativo” e la giurisprudenza “universale” giusrazionalistica*

In realtà, è divenuto un po’ *démodé* pensare che qui si scontrino davvero, nell’attualità, posizioni differenti sul ruolo e le funzioni della scienza penale e del suo rapporto meramente gnoseologico con il diritto applicato. Che la scienza sia solo conoscenza descrittiva e “apolitica” è discussione quasi solo filosofica o di alcuni cultori classici della comparazione, perché i giuristi positivi contemporanei pensano che la loro conoscenza, orientandosi alla prassi e alle decisioni, resti inevitabilmente “contaminata”, o “contrassegnata”,

²⁰ M. SCHROEDER, *Noncognitivism in Ethics*, Routledge, London 2010; M. RÜTHER, *Metaethik. Zur Einführung*, Junius, Hamburg 2015, p. 33 ss.

²¹ Per una apprezzabile lettura “cognitivistica” del diritto a base informatica, cfr. G. SARTOR, *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, in E. Pattaro (a cura di), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Heidelberg etc. 2005. Cfr. la illustrazione della prospettiva nella sintesi di F. ROMEO, *Il cognitivismo giuridico di Giovanni Sartor*, in i-lex, 2006, www.i-lex.it/articles/volume2/issue5-6/romeo.pdf.

a seconda dei punti di vista, da politicità, valori, valutazioni²². La stessa comparazione non può “chiamarsi fuori” da questo destino epistemico²³.

Il conflitto, dunque, prima che teorico, appare oggi più politico: è in gioco il ruolo concreto del diritto straniero, delle culture di altri sistemi, e dei limiti che la comparazione rischia di porre al potere dello Stato nazionale e alla sua sovranità. Si tratta di decidere in quale misura si privilegi un “punto di vista esterno” nell’osservare il diritto nazionale: perché sia la comparazione come scienza autonoma e sia la comparazione come metodo riguardano tipi di studio che vedono il diritto dal di fuori, *from the outside*, e inducono a discorsi condotti “sul diritto”, *upon the law*²⁴.

I comparatisti esagerano la loro funzione critica rispetto al *ius positum*, perché il punto di vista esterno non deve essere necessariamente giuridico, ma anche politico, filosofico, economico, empirico-criminologico etc.: tuttavia la chiusura culturale del giurista positivo “ortodosso” ne risulta anche per questa via messa in crisi.

Chi non impiega la comparazione come metodo rafforza il nazionalismo e il sovranismo, e al limite la prassi della esportazione dei modelli (e degli Stati) più forti (*infra*, par. 9). Perché anche chi la studia come oggetto di sapere autonomo, di fatto non ostacola questo orientamento, salvo che ne accentui i tratti di metodo critico, interculturale e antigiuspositivistico, ciò che appare tuttavia più agevole per il civilista²⁵.

Invece il punto di vista interno per il penalista rimane un obbligo in termini di garanzia (divieto di analogia, tassatività della legge e dell’interpretazione), e dunque l’effetto della comparazione, sul piano pratico, quando non sia *de lege ferenda*, si misura soprattutto o su analisi del tutto teorico-conoscitive, o su questioni di parte generale che danno più spazio al peso dell’ermeneutica degli istituti, oppure *in bonam partem*, e in questo tipo di influenza va annoverata la comparazione tra principi e fonti costituzionali o sovralegislative. La comparazione di parte speciale svela invece il tasso forte di politicità e relatività epistemica del diritto penale.

A lungo del tutto mascherata è stata la finalità (o l’esito?) di occupazione

²² Per una istruttiva rilettura del significato della avalutatività della scienza giuridica nel discorso di Max Weber cfr. H. DREIER, *Wertfreiheit. Il postulato di Max Weber sull’avalutatività della scienza*, Mucchi, Modena 2020.

²³ A. SOMMA, *Introduzione*, cit., pp. 8 ss. e 10 ss.

²⁴ M. RHEINSTEIN, *Legal Systems: Comparative law and Legal Systems* (1968), in ID., *Gesammelte Schriften. Collected Works*, I, Mohr Siebeck, Tübingen 1979, pp. 239 ss. e 241.

²⁵ Per un quadro istruttivo dell’antiformalismo al quale è legato lo sviluppo del diritto civile comparato, dopo la pubblicazione de *Il Contratto* di Gino Gorla nel 1955, cfr. E. GRANDE, *Development of Comparative Law in Italy*, cit., spec. p. 92 ss.

culturale presente in quelle tendenze autoreferenziali di Paesi forti che hanno elaborato prodotti da esportazione grazie a uno stile argomentativo giusrazionalistico distaccato in apparenza dalle norme di un ordinamento concreto. È stato questo il tempo di una comparazione solo dottrinale, più che normativa. Ciò è accaduto in particolare con la letteratura tedesca, di per sé disancorata da analisi testuali soprattutto in sede di parte generale.

Quei tratti (certo non da soli) hanno favorito l'esportazione internazionale dei prodotti di una "dogmatica universale", presentati come giusrazionalistici²⁶, senza che quella letteratura si sia mai preoccupata, invece, di dialogare con gli studiosi stranieri che ne recepiscono tante elaborazioni. Una paradossale e quasi comica *Einbahnstrasse*, peraltro favorita dall'ottima qualità di prodotti di esportazione, che tali sono, cioè da esportazione²⁷, perché quasi mai si richiamano a norme positive, producendo migliaia di pagine di neogiusrazionalismo condito di giurisprudenza e dottrina autoreferenziali, ma pur sempre di un'unica nazione. La comparazione a senso unico va definita preferibilmente un'operazione di *import-export*: si importano persone fisiche, studiosi stranieri *visiting* o borsisti per educarli e istruirli, e si esportano i propri prodotti culturali secondo un progetto di estensione o di occupazione "scientifica". Operazione legittima e commendevole, in verità, se solo ci fosse un *feedback* di ritorno, se cioè funzionasse un vero "scambio" culturale²⁸. Tuttavia, poiché alcune culture penalistiche per effetto di ciò hanno elaborato per decenni veri strumenti di organizzazione del pensiero penale che obiettivamente (allora) erano all'avanguardia, non si può dire che i risultati siano stati negativi per nessuno. Ma per lo sviluppo di un autentico metodo comparato forse sì²⁹.

²⁶ Cfr. H.J. HIRSCH, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi Marinucci*, I, Giuffrè, Milano 2006, pp. 387 ss. (secondo un punto di vista più ontologico); B. SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 205 ss. e 216 ss.; ID., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York 2001, pp. 1 ss. (secondo un approccio più chiaramente normativistico).

²⁷ Già a suo tempo B. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in ID. (a cura di), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, de Gruyter, Berlin, New York 1984, p. 1 ss. (*Exportgüter*).

²⁸ Ho riassunto di recente i termini di questa situazione paradossale, e le stesse difficoltà di uno scambio culturale vero, anche con i Paesi con i quali è più profonda la tradizione dei rapporti internazionali, in *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 15 ss. e 45 s.

²⁹ Il processo di imitazione di modelli di prestigio si basa, come è stato dimostrato, su paradigmi di "metapositivismo metodologico", cioè su metodi sganciati da basi esegetico-interpretative nazionali: che fosse la pandettistica, la teoria "generale" del reato, il realismo americano etc. (cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei*

Questa stagione, peraltro, compresa l'influenza culturale dei Paesi esportatori, pare attualmente passata sia perché ha già prodotto i suoi "frutti" colonizzanti, sia per il ritorno di nuovi sovranismi, ma sia anche per lo sviluppo straordinario del diritto europeo, che ha dato l'illusione a molti di poter "sostituire" il metodo della comparazione³⁰.

5. *Il ruolo dell'europeismo pseudo-comparato nel conflitto politico tra sovranità e diritto straniero*

Rispetto alla dialettica tra il nazionalismo dello Stato (il diritto penale rimane essenzialmente nazionalista) e l'ingresso di culture aliene o di regole straniere, un'espressione del tutto nuova è stata dunque la comparazione europeista. Un tipo a sé di comparazione e internazionalizzazione, dove assistiamo alla costruzione di nuovi modelli di "sistema"³¹, dato che si elaborano qui i tratti di quel paradigma epistemologico che non è né puramente di *civil law*, né di *common law*, ma un *tertium genus* tra quelli, e dove il ruolo delle Corti, insieme ai legislatori, esige spiccate competenze linguistiche per i più ampi raffronti orientati a convergenza³².

modelli, Giappichelli, Torino 2000, pp. 44 s., 148 s. e 153 ss.). Ma se ciò spiega fenomeni di influenza culturale, non costituisce la premessa per valutare se quelle influenze abbiano davvero promosso la comparazione.

³⁰ Non perché il diritto europeo prima della sua costruzione non abbia bisogno di quello comparato, ma dopo che è formalizzato diventa solo *ius positum*. Si registrano così altri tipi di "alleanze": accanto a manuali di diritto penale europeo di matrice e cultura nazionale, manuali anglo-tedeschi (per es. *Criminal Law: a Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford 2014, scritto a quattro mani da Markus DUBBER e Tatjana HÖRNLE), o manuali tedeschi che cominciano a confrontarsi con (alcuni autori dei Paesi già ampiamente sensibili ad influenze culturali esterne: per tutti C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, C.H. Beck, München 2020).

³¹ Cfr. l'interessante schizzo "post-dogmatico" di A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 54 ss.; ID., *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Unione europea*, 2012, p. 225 ss. V. sul punto M. BRUTTI, *Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 905 ss., spec. 910 ss.; C. LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 385 ss.

³² Per due diversi esempi monografici di comparazione europeista trasversale, di parte generale e di parte speciale, rispettivamente, ricordo fra gli altri V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano 2012; E. FRONZA, *Memory and Punishment*, Springer, Berlin etc. 2018; ID., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano 2012. V. pure in tale contesto le ricerche trasversali di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike,

Occorre peraltro distinguere tra la comparazione europea a livello di costruzione legislativa, di applicazione giudiziaria e di metodo di ricerca. Le prime due forme rispondono a esigenze di armonizzazione e anche di democratizzazione del diritto europeo che esprimono il meglio delle istanze comparatiste antisovraniste: la necessità di tener conto dei diversi attori nazionali, delle loro tradizioni, lingue, diversità storiche, dei cosiddetti margini di apprezzamento. Il quadro è differente se si osserva la elaborazione teorica del diritto europeo già formato a livello legislativo o giurisprudenziale.

È infatti dubbio, come vedremo, che i penalisti specializzati nel diritto europeo, e comunque i ricercatori che non possono più separare il diritto nazionale da quello UE in tantissimi ambiti ormai attraversati da fonti sovranazionali a getto continuo, siano “comparatisti” solo a motivo di questa dimensione europea delle fonti: l’espansione nazionale del diritto UE non implica affatto che si coltivi veramente la comparazione, potendo le fonti UE essere considerate come diritto positivo quasi interno, accanto a quello nazionale, secondo gli schemi di un unico ordinamento multilivello.

Ecco il sospetto o la possibilità che vari studiosi europeisti non siano comparatisti: né in senso descrittivo, ma neppure in senso valutativo.

Tutte queste tematiche rendono allora urgente, per la chiarezza del discorso, intendersi sul contenuto e il metodo delle diverse tipologie di comparazione di cui stiamo trattando.

Roma 2012; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Giuffrè, Milano 2005; C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma 2012; G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano 2011. Tante altre opere sarebbero da considerare. Certo il clima politico-criminale più recente ha attenuato gli afflitti europeisti, riportando in auge il nocciolo duro del sovranismo penale classico. Testimone di questo *trend* il più recente studio di A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, Jovene, Napoli 2019. Ancora più paradigmatici e certo non meno influenti della dottrina, appaiono oggi la comparazione europea e gli scambi interculturali a livello giudiziario. Sull’importanza dell’internazionalizzazione del metodo della scienza in prospettiva di armonizzazione europea v. ancora V. MILITELLO, *L’identità della scienza giuridica penale nell’ordinamento multilivello*, cit., pp. 106 ss. e 117 ss.

6. *L'estendersi dell'oggetto della comparazione allo ius oltre la lex, ai "sistemi giuridici" e al processo, rende impossibile la comparazione descrittivo-avalutativa*

La comparazione ha come oggetto originario il *ius*, non le sole *leges*³³.

Infatti, il mero confronto tra leggi è privo di profondità se non si estende al loro significato e al loro contenuto. Sennonché quest'ultimo non è mai un prodotto del solo *dictum* parlamentare o legislativo, quanto un risultato complesso fatto di interpretazione, giurisprudenza, casi, principi sovraordinati, processo, "formanti" e istituzioni giuridiche che co-definiscono il *ius*³⁴. La comparazione puramente legislativa dunque non esiste come lavoro scientifico (ma semmai preliminare, o parlamentare, giornalistico etc.), essendo solo un raffronto ancora superficiale, anche se certo utile, tra fonti scritte, lette *prima facie*.

Il *legal system*³⁵, quale complesso ordinamentale della "questione giustizia", rende subito edotti della complessità del lavoro, sia che venga pensato in funzione più conoscitiva e sia applicativa. Alcuni temi, per il penalista, sono paradigmatici: si pensi soltanto allo studio "comparato" delle discipline della prescrizione del reato o della corruzione, isolandole dai contesti ordinamentali di un sistema giuridico. Ne risulterebbe impossibile ogni serio raffronto.

Se dunque la comparazione come attività scientifica è condotta tra ordinamenti stranieri e nazionali, essa suppone che il suo oggetto siano *leges et iura*, e la comparazione stessa è comparazione di ordinamenti, non di mere fonti legali. L'allargarsi inevitabile di questo territorio di indagine fa comprendere che è praticamente impossibile una comparazione meramente "descrittiva": già la scelta dell'ordinamento, di che cosa descrivere e di come descriverlo obbedisce a inevitabili punti di vista, interessi, sensibilità, momenti valutativi.

Vero ciò, è dimostrato che proprio l'allargarsi della comparazione ai formanti, contrassegno dei modelli descrittivo-avalutativi più evoluti³⁶,

³³ Con diversa terminologia, ma convergente nel contenuto, A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 3 ss.; A. CADOPPI, *Cento anni*, cit., p. 43 ss.

³⁴ *Amplius* M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero*, 2019, p. 45 ss.

³⁵ Cfr. D. NELKEN, *Comparative Criminal Justice*, Sage, London, 2010, pp. 6 ss. e 88 ss., *passim*; K. AMBOS, *Lo stato attuale*, cit., p. 720 ss.

³⁶ Per intenderci è il modello sacchiano della comparazione, neutrale e "scientificamente" descrittiva. Cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 5 ss.; R. SACCO, A. GAMBARO, P.G. MONATERI, voce *Comparazione giuridica*, cit., p. 48 ss. V. pure A. GAMBARO, *The Trento Thesis*, cit., p. 1 ss. Per la giusta valorizzazione di una comparazio-

costituisce la premessa per l'abbandono del mito scientifico, apolitico e neutrale, del diritto comparato³⁷.

La sola idea di “comparare” davvero sistemi o istituti o discipline di ordinamenti diversi – anziché illustrare unicamente il diritto straniero – implica da sé sola il ruolo centrale del momento valutativo.

Viceversa, nell'istante del confronto, una qualche finalità applicativa non può mai restare semplicemente sullo sfondo e assume un orientamento che progressivamente l'avvicina al punto di vista “dogmatico”, anche se questo potrà risulterne profondamente rinnovato dal confronto con una comparazione come “metodo”.

7. Che cosa è successo alla comparazione penale ai primi del Novecento. Il confronto tra von Liszt e Radbruch e la vittoria del metodo tecnico-giuridico in Italia

Al principio del Novecento esisteva già, dal secolo passato, un'importante tradizione comparata, non solo penalistica, nei rapporti fra Italia e Germania³⁸, che costituiscono un momento del tutto centrale per comprendere che cosa è successo. Erano sorti a cavallo tra Otto e Novecento movimenti trasversali alle diverse discipline, che in diritto pubblico come in diritto privato avevano esaltato aspetti di “autonomia scientifica” del diritto.

Questa autonomia doveva essere raggiunta grazie alla limitazione dell'oggetto della conoscenza al diritto positivo e alla sua elaborazione secondo criteri dogmatici. Il modello della pandettistica dell'Ottocento si era trasferito nel diritto pubblico e transitò poi nella penalistica. La teoria

ne critica v. G. FRANKENBERG, *Comparative law as Critique*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2016, pp. 32 ss. e *passim*; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 5 ss., 32 ss., 45 ss., 58 ss. e *passim*.

³⁷ La stessa semplice “descrizione” di una disciplina straniera, se ipoteticamente condotta per finalità non “applicative”, ma appunto “conoscitive”, è tanto più descrittiva quanto meno comparativa nello stesso linguaggio e nell'uso delle categorie.

³⁸ Cfr. V. CADOPPI, *Cento anni*, cit., pp. 3 ss. e 32 ss.; S. VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, cit., pp. 1 ss. Per alcune precisazioni sui limiti metodologici della comparazione dell'Ottocento-primi del Novecento v. F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., pp. 21 ss. V. pure A. MAZZACANE, R. SCHULZE (a cura di), *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im “Zeitalter der Vergleichung”*, Duncker & Humblot, Berlin 1994; R. SCHULZE (a cura di) *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischer Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin 1990; e ancora i citati studi di A. ESER, K. ZWEIFERT, H. KÖTZ cit. *supra*, nt. 17.

generale sostituiva la filosofia del diritto. Affinché questa operazione avesse successo le ricerche storiche e quelle comparate, e nel diritto penale anche quelle criminologiche, economiche, sociologiche, dovevano svolgere un ruolo “ancillare”, quando non anche soprattutto *de lege ferenda*.

Poiché comparare comportava il rischio di importare culture e politiche estere, occorreva assegnare al metodo comparato una funzione meramente descrittivo-conoscitiva: si permetteva così di sostenere che fosse una vera scienza secondo le categorie della filosofia analitica, neopositivistica, e la separazione tra fatti e valori, essere e dover essere: questa comparazione obiettivo-descrittiva non comprometteva la politica. La successiva funzione prescrittiva doveva restare riservata alla dogmatica nazionale.

Nel diritto penale tedesco fu Gustav Radbruch a tratteggiare con grande precisione questo modello³⁹, al tempo della più grandiosa opera di rappresentazione comparata del diritto penale del tempo, la *Vergleichende Darstellung* del diritto penale tedesco e di quello straniero⁴⁰, che era per l'appunto destinata alla riforma, non all'interpretazione. Si può registrare, all'epoca, un contrasto tra il Maestro di Radbruch, il grande criminalista Franz von Liszt, che credeva in una scienza (penale) di dimensione sovranazionale⁴¹, fondò la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV), e promosse uno studio comparato europeo in vista di una progettazione legislativa⁴², e il suo allievo, che riservava alla dogmatica giuridica una funzione e un destino nazionalistici, mentre la comparazione doveva ispirarsi a compiti essenzialmente conoscitivi (degli ordinamenti stranieri), ma non dogmatico-ermeneutici⁴³, così potendo anche restare di interesse

³⁹ Nel senso che la dogmatica sia un'attività legata essenzialmente al diritto positivo nazionale, e la comparazione sia una disciplina autonoma, con finalità conoscitiva anziché applicativa: non quindi un metodo costitutivo della ricerca dogmatica, G. RADBRUCH, *Über die Methode der Rechtsvergleichung (1905-1906)*, in K. ZWIEGERT, H.-J. PUTTFARKEN (a cura di), *Rechtsvergleichung*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt 1978, p. 52 ss. Cfr. in merito quanto osservato in M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 241, nt. 83; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 49 ss.

⁴⁰ K. BIRKMEYER et al. (a cura di), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allgemeiner und Besonderer Teil*. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform. Herausgegeben auf Anregung des Reichs-Justizamtes, I-IX, Otto Liebmann, Berlin 1908-1909. L'opera non è peraltro di stretta comparazione, ma di rappresentazione affiancata del diritto straniero e di quello tedesco.

⁴¹ F. VON LISZT, *Das "richtige Recht" in der Strafgesetzgebung* (1906), in K. ZWIEGERT, H.-J. PUTTFARKEN (a cura di), *Rechtsvergleichung*, cit., p. 57 ss.; ID., *Zur Einführung*, in ID. (a cura di) *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Liebmann, Berlin 1894, p. XXIV s.

⁴² F. VON LISZT (a cura di), *Das Strafrecht der Staaten Europas*, cit.

⁴³ V. *supra* nt. 40.

sovranaazionale, ma non strettamente pratico-applicativo. La premessa epistemologica di Radbruch era la separazione tra essere e dover essere, il divieto di derivare conclusioni direttive dalla semplice analisi di dati. E dunque l'inconcludenza della comparazione per decidere una soluzione legislativa o interpretativa giuridica, di dover essere normativo. Possibilità (di derivare il dover essere dall'essere) che invece veniva singolarmente ammessa *de lege ferenda*⁴⁴. L'effetto pratico di questa precisa distinzione di compiti era di neutralizzare l'uso ermeneutico della comparazione, escludendo la considerazione di testi o culture straniere dalle elaborazioni di "scienza giuridica positiva" nazionale. Nazionalismo e sovranismo del diritto penale si sono così perpetuati, nella tradizione penalistica tedesca, lungo tutto il Novecento. Ma non è stato diverso l'esito per la cultura francese o per quella dei vari paesi di *common law*. Sennonché le premesse vere non furono epistemologiche, quanto politiche, con la differenza che francesi, inglesi e americani non hanno mai avuto la pretesa intellettuale di diventare i maestri del diritto penale per le altre tradizioni giuridiche, salvo espandersi per ragioni di influenza-colonizzazione economico-politica nei relativi territori.

Quanto agli indirizzi italiani, già nel 1910 Arturo Rocco aveva fissato per il metodo tecnico-giuridico il principio per cui il giurista doveva attenersi «religiosamente e scrupolosamente»⁴⁵ al diritto positivo, utilizzando solo in forma ancillare e complementare saperi diversi da quello dogmatico-deduttivo. Pertanto, anche comparazione, storia, criminologia, sociologia criminale, scienze sociali ed empiriche quali loro "fonti" complementari rispetto alla legge, erano di ausilio per l'intendimento del diritto positivo⁴⁶, integrando il metodo logico-deduttivo della dogmatica con l'«induzione sperimentale»⁴⁷ e liberando il primo dal formalismo. Tecnicamente, peraltro, queste discipline non erano, secondo Rocco, «fonti del diritto», ma «fonti della conoscenza scientifica del diritto»⁴⁸: esse attenevano dunque al discorso culturale, più che a quello veramente normativo. L'argomentazione era diversa da quella di Radbruch, ma la conclusione del tutto analoga.

⁴⁴ G. RADBRUCH, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, cit., p. 54. In questa pretesa separazione, tra l'utilità e l'impiego della comparazione per trovare soluzioni giuste *de lege ferenda*, ma non *de lege lata*, si annida un pregiudizio giuspositivistico-politico-nazionale, del vincolo del giudice alla sola fonte interna, dovendosi *per tale motivo*, ma *non per pretese ragioni epistemologiche* (!) escludere il dato esterno dal novero delle fonti.

⁴⁵ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss., poi in *Id.*, *Opere giuridiche*, III, Ed. Foro it., Roma 1933, p. 274.

⁴⁶ *Ivi*, p. 317 ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ivi*, p. 322.

Ecco dunque il vero obiettivo della separatezza tra diritto straniero e nazionale: se la comparazione dovesse condurre a mescolare le “fonti”, a rendere fonte del diritto culture e norme di altri ordinamenti, ciò costituirebbe un *vulnus* intollerabile al potere che detta legge (mediante le fonti ufficiali). Per questo motivo, se non si accetta di essere “assimilati” a culture e regole aliene, che ci imporranno i loro “modelli”, occorre che la comparazione resti una disciplina del tutto autonoma, e separata dalla dogmatica. Un sapere colto, ma non *lex*. Rispetto alle mere influenze culturali, infatti, il vincolo di condizionamento non potrebbe mai corrispondere (questo almeno l’assunto in premessa) a quello di chi le dovesse considerare formalmente fonti del diritto.

8. *Crisi del giuspositivismo e metodi “scientifici” universalizzanti di dogmatica comparata*

Il giuspositivismo ha conosciuto diversi momenti di crisi negli ultimi settant’anni⁴⁹, ma sono sempre state piccole scalfitture in un impianto ancora molto resistente. La crisi più grande è stata quella del secondo dopoguerra, dopo gli orrori del nazismo, dello stalinismo, dei genocidi su scala internazionale. La rinascita del diritto naturale, della giustizia internazionale, delle Carte dei diritti, e comunque di un costituzionalismo critico rispetto alla *lex* non ha prodotto di per sé la ripresa del metodo comparato. Anzi. Per vari decenni ha imperato uno stile universalizzante, dove la dogmatica, purché basata su modelli epistemologici di razionalità costruttiva legati da uno specifico sistema positivo, è apparsa sinonimo di rinnovato sapere internazionale.

È stato spesso un neo-giusrazionalismo critico a base deduttiva non certo induttiva: da principi superiori, anziché dalla *lex*. Oppure da categorie dogmatiche elaborate in sede “scientifica”, ed esportate tra addetti ai lavori.

Si è dunque pensato, dagli anni Cinquanta del secolo scorso, a ricostruire categorie comuni e principi comuni, che restano sovranazionali⁵⁰. La

⁴⁹ Per un affresco istruttivo delle principali tappe delle (in realtà diverse) “crisi” del giuspositivismo nel Novecento, cfr. M. LA TORRE, voce *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir. - Annali VI*, Giuffrè, Milano 2013, p. 681 ss.; e in forma più didattica ID., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze 2019. L’espandersi della cultura comparata costituisce un’evidente cartina di tornasole di questa stagione di riflessione sull’impossibilità di capire, applicare e già (*ex ante*) costruire la *lex* solo “dal suo interno”.

⁵⁰ *Amplius*, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 173 ss. e 178 ss.

stagione della dogmatica anche attraverso la “circolazione di modelli”, più che una vera comparazione, ha così attraversato buona parte della seconda metà del Novecento⁵¹.

Esistono al riguardo opere straordinarie di dogmatica comparata che sono state elaborate in area di lingua tedesca, italiana e spagnola, talora anche inglese, operando in quel contesto⁵².

Se non si è avvertito nessun “attentato alla sovranità” è perché la dogmatica comparata non importa o esporta *leges*: sono state operazioni culturali, che hanno interessato soprattutto la parte generale, grandi categorie e principi, preparando una loro elaborazione anche da parte di “grandi Corti”, che peraltro hanno iniziato a operare in tal senso assai più tardi, sul piano dei principi.

Il problema vero è che cosa se ne fa il penalista di queste aperture nell’attività ordinaria di applicazione delle leggi, ma anche nell’elaborazione e interpretazione del proprio diritto nazionale. La risposta mi pare: non molto. O esiste un vero movimento di assimilazione culturale, oppure gli ingressi di singole informazioni e dati su ordinamenti e culture stranieri arricchiscono le citazioni e informazioni annotate a piè di pagina, ma non appartengono al momento decisivo del diritto applicato, salvo che ci si riferisca a specifici istituti dove la cooperazione o la legislazione internazionale diventano essenziali. Con qualche interessante eccezione sul versante dei progetti di riforma, che si va peraltro allargando nei tempi più recenti di innovazioni particolarmente dibattute.

Pur con i limiti indicati, si può dire che questa stagione, che esprimeva un tempo di internazionalizzazione, europeizzazione e globalizzazione dei rapporti politici ed economici, ha prodotto un effetto significativo di internazionalizzazione della scienza quanto meno rispetto alle aree culturali più sensibili allo scambio, alla ricezione.

9. Paesi forti ed esportazione dei modelli. Dalla massiccia germanizzazione ai dialoghi apparenti col common law

Accanto ai risultati positivi dovuti ai migliori prodotti della dogmatica comparata, nella seconda metà del Novecento, va riconosciuto apertamente,

⁵¹ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., cap. 1 (Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all’europeismo giudiziario), spec. pp. 38 ss. e 42 ss.

⁵² Possiamo solo ringraziare la buona sorte di avere potuto vivere intensamente quella stagione, per lo più sconosciuta alle generazioni più recenti.

nel bene e nel male, che la dottrina penalistica di *civil law*, a livello internazionale, ha operato sotto un'influenza culturale massiccia della letteratura tedesca⁵³.

Si diceva (a volte) di “fare comparazione”, ma era soprattutto circolazione di modelli culturali. La cultura tedesca si è così esportata, sempre in diversa misura, ma con una certa ampiezza, in Austria, Svizzera, Spagna, America latina, Italia, Portogallo, Scandinavia, Polonia, Grecia, Romania, Turchia, Giappone, Corea del Sud, etc.

Il movimento si è intensificato grazie a Welzel⁵⁴, alla sua “sistemica”, proseguendo anche dopo la stagione dell'ontologismo finalista, per effetto del perpetuarsi di una argomentazione postwelzeliana di parte generale ora normativistica sì, ma sganciata dal richiamo a fonti positive. Puro giusrazionalismo, comunque qualificatosi (orientato allo scopo, funzionalista etc.), almeno nel campo della parte generale.

L'autocelebrazione di questo successo internazionale⁵⁵, come noto, ha indotto molti autori tedeschi a pensare che fosse inutile coltivare la comparazione⁵⁶: tanta influenza dimostrava *ad abundantiam* una superiorità

⁵³ Istruttivo P. MATUS ACUÑA, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in ID., *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2011, p. 311 ss.

⁵⁴ V. già l'elenco dei successi internazionali del finalismo (per es.) in H. WELZEL, *Die Dogmatik im Strafrecht*, in *Festschrift Maurach*, Müller, Karlsruhe 1972, p. 5. Più ampio elenco ora in C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., par. 7/85v.

⁵⁵ In relazione all'evento straordinario del congresso di Berlino del 1999 dedicato all'autocelebrazione della scienza penale tedesca alla soglia del nuovo Millennio, svoltosi dal 3 al 6 ottobre 1999, sull'impatto dell'intervento di George P. Fletcher sulla comparazione, dove si accusava di provincialismo (*selbsbewusste Provinzialität*) la cultura penalistica tedesca per la sua autoreferenzialità, mentre proprio i Paesi che dimostravano di sapere dialogare e anche recepire i prodotti culturali di quella cultura, attestavano un'autentica vocazione comparata, v. quanto descritto in M. DONINI, *An impossible Exchange?*, cit., p. 14 ss. L'esportazione senza scambi non è comparazione e probabilmente non è neppure scienza, ma provincia. Questo nella sostanza l'assunto di Fletcher, la cui relazione si può leggere negli Atti del Convegno: G. P. FLETCHER, *Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURCKHARDT (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, München 2000, pp. 235 ss. Quelle accuse corrispondevano ad analisi anche condotte da chi scrive (M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 240 s., nt. 83 e già nell'estratto anticipato del 1998; ID., *Metodo democratico*, cit., p. 49 ss.; ID., *Verbrechenslehre. Eine Betrachtung aus der italienischen Sicht*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2001, p. 39 s., nt. 2), e solo di recente hanno trovato eco nel dibattito interno alla dottrina tedesca, in particolare dopo la prematura scomparsa di Joachim Vogel che è stato, fra l'altro, un sensibile promotore del dialogo interculturale ed europeo e dell'idea di sviluppare un discorso penalistico “transnazionale” (v. nt. 58-62 *infra*).

⁵⁶ Citazioni superflue. Basta leggere le opere principali per vedere l'autoreferenzialità (peral-

di metodo e di contenuti che non era né nazionale, né comparata, ma semplicemente “scientifica”. E infatti non c’è mai stato un *Austausch*⁵⁷.

Ancora nel Congresso di Monaco del 2014, in un momento tipico di autoriflessione sul “chi siamo”, dopo la morte di Joachim Vogel⁵⁸, una parte significativa della generazione oggi più matura dei penalisti tedeschi, ha ripetutamente discusso del ruolo che potrà mai avere in futuro quella *selbstbewusste Provinzialität*, per riprendere l’accusa di George Fletcher al Congresso di Berlino del 1999, ricordata anche da Vogel – ma nel frattempo nulla di nuovo era successo, neppure un dibattito –, e che ha caratterizzato decenni di produzione scientifica pensata nazionale (etichetta *deutsch*), ma esportata internazionale, senza dialogo comparato⁵⁹.

tro corrispondente alla media dei lavori dei giuristi positivi di ogni nazione, salvo quelli totalmente colonizzati, che in tal caso citano soprattutto gli autori nazionali e quelli di lingua tedesca). Cfr. tuttavia per alcune riflessioni legate al pensiero del carattere “autonomamente scientifico” di metodi di ricerca non comparati (ontologizzanti o normativistici, a seconda dei casi), H. WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *JuS*, 1966, p. 421 ss.; Id., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, in *Erinnerungsgabe Max Grünhut*, Elwert Verlag, Marburg 1965, pp. 173 ss. e 188 ss.; Id., *Die Dogmatik im Strafrecht*, cit., p. 3 ss.; H.J. HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, in *Festschrift Spendel*, de Gruyter, Berlin, New York 1992, p. 43 ss., 58; B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift Roxin*, de Gruyter, Berlin, New York 2001, p. 1 ss.; con maggiori sfumature, Id., *Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, in *Festschrift Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 39 ss.; M. PAWLIK, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, in *Festschrift Jakobs*, C. Heymanns, Köln etc. 2007, p. 469 ss.

⁵⁷ Una ragione per la quale la letteratura penalistica tedesca più significativa, nel secondo Novecento, non ha pensato di fare comparazione su questioni di parte generale “dentro ai lavori dogmatici” potrebbe essere perché ha sempre ritenuto, nel secondo Novecento, di essere la più avanzata, la migliore. Si possono leggere tra le righe, al di là delle riserve e mancate ammissioni esplicite, per tutti, gli scritti di H. WELZEL, H.J. HIRSCH, e B. SCHÜNEMANN cit. *supra* alla prec. nota. Tuttavia, non sarebbe giusto ridurre la spiegazione a questo pur vero *bias*. Un’altra ragione non trascurabile è che si è sempre trattato di una cultura *deutsch*, che faceva un vanto del potersi mantenere in lingua tedesca, e neppure traduceva autori stranieri. Come si vede, se si eccettuano i giusnaturalisti, è l’opposto di un atteggiamento culturale comparatista verso la conoscenza del diritto in sé, come prodotto non solo nazionale.

⁵⁸ Gli atti sono raccolti in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden 2016.

⁵⁹ In particolare: W. BEULKE, *Europäische und transnationale Strafrechtspflege für eine moderne Strafrechtsdogmatik. Eine Hinführung*, in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, cit., p. 285 ss.; T. HÖRNLE, *Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft*, *ivi*, p. 289 ss.; W. PERRON, *Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik*, *ivi*, p. 307 ss.; K. AMBOS, *Zur Zukunft der deutschen*

L'idea di un dialogo “transnazionale”, di un *transnationaler Strafrechtsdiskurs* promosso da Vogel in un più volte ricordato scritto del 2012⁶⁰, si è trasformato così, nel dibattito sul futuro stesso della dogmatica penale “tedesca”, quanto meno nella sua tradizionale identità linguistico-concettuale chiusa, via via sino a mettere sul tappeto l'esigenza di tradurre in inglese il traducibile, lasciando il resto al campo nazionale delle tradizioni che non è possibile esportare più perché non sono veramente comprensibili in una lingua a tutti più comune, che peraltro appare essere oggi la lingua inglese⁶¹.

Non sono mancate repliche forti a queste aperture, ma in realtà anche in tal caso la necessità e anzi la prassi della stessa comparazione penalistica

Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, *ivi*, p. 321 ss., pubblicato anche in *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 178 ss., e in *Revista penal*, 2016 (*Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincialismo presuntuoso*), p. 5 ss. Ma cfr. anche M. JAHN, *Strafverfassungsrecht: die Verfassung als Herausforderung*, *ivi*, p. 63 ss. E ora il riconoscimento di questa mancanza di vero dialogo e apertura comparata in C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., par. 7/85v.

⁶⁰ J. VOGEL, *Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum*, *JZ*, 2012, p. 25 ss.

⁶¹ V. in particolare il contributo di T. HÖRNLE, *Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 303 ss. In queste riflessioni devono essere colte le radici culturali di un ripensamento che ha poi condotto l'A., oggi co-direttrice del *Max Planck Institut* di Friburgo, a rivedere (insieme agli altri direttori) nella stessa denominazione il carattere realmente comparatistico dell'attività dell'Istituto: perché l'eliminazione di quel contrassegno dalla denominazione del *Max Planck* (v. *supra*, nt. 7) non sopprime certo la biblioteca penalistica più importante del mondo quanto a materiali “stranieri”. È il metodo della comparazione che ne risulta discusso alla radice, risultando davvero *paradossale* un istituto di diritto penale comparato, con la più importante biblioteca del mondo, dentro a uno Stato che *nelle Università* non fa comparazione penalistica, e tuttavia *esporta* i propri prodotti culturali a senso unico, *contro* quello che era lo scopo finale del programma di H.-H. JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen 1955, p. 44. Se quanto meno un dialogo internazionale effettivo avvenisse in una lingua, che non può essere quella tedesca, ma oggi quella inglese, si potrebbe effettivamente pensare di avviare un discorso nuovo, ormai lontano dai miti di una comparazione “totale” ottocentesca, ma “non dialogica”, perché *priva di uno strumento di comunicazione principale*, non sostituibile con le diverse competenze linguistiche di un lavoro in *team*. Vedranno poi i comparatisti plurilingue come coltivare i loro interessi e la loro disciplina. Certo l'eliminazione della denominazione “vergleichendes und internationales Strafrecht” tra gli obiettivi del *Max Planck* di Friburgo rende *ancora più paradossale* la sua struttura libraria, che senza venir meno potrebbe anche rilanciarsi in un *patrimonio digitale dell'umanità*. Conservare tuttavia un centro di dibattiti internazionali e interculturali deve restare tra i compiti e gli obiettivi dell'istituto, senza il quale non solo chi scrive non esisterebbe nella sua identità culturale, ma neppure tante generazioni di penalisti europei ed extraeuropei, che ne sono stati i veri protagonisti, e non solo gli ospiti.

sono state date per acquisite, anche se a dir la verità ancora *ante litteram*⁶².

Non sono mancate osservazioni critiche sulla stessa valenza comparativa di vari esempi della penalistica tedesca: da Mittermaier, che annotò indeffessamente il manuale di Feuerbach con notizie di diritto straniero, pubblicando nove volumi di *Illustrazione comparativa del diritto penale tedesco e straniero* (1909), allo stesso *Lehrbuch* di Jescheck, si è detto che essi contengono una comparazione apparente, che si risolve in un'accurata elencazione di indicazioni di notizie di diritto o di letteratura straniera, ma senza una "vera comparazione" tra diritti, in primo luogo con quello tedesco⁶³. Certo, gli argomenti per non incominciare mai veramente possono essere tanti, ma essi vanno discussi anche nel loro contenuto di verità.

L'illusorietà di una scienza "da esportazione", più che internazionale, doveva alla fine scontrarsi con il continente di *common law*, oltre che con tradizioni di *civil law* meno permeabili. Tuttavia, la vera messa in crisi di una "epistemologia pseudoscientifica" da circolazione di modelli provenienti da alcuni Paesi "forti", è derivata in primo luogo dall'internazionalizzazione del discorso penalistico in generale, dalla nascita di un più profilato diritto penale dell'UE dopo la riforma dei Trattati, con l'ampliarsi e il diversificarsi del pluralismo giuridico in necessario dialogo, e in secondo luogo dalle trasformazioni dello stesso *common law* rispetto a quando questo continente "senza dottrina" era ancora in profondo arretramento anche in

⁶² È il caso della forte stroncatura del citato studio di Kai Ambos da parte di B. SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, in *Zt. Int. Strafrechtsdogmatik*, 2016, p. 654 ss., sul quale, più in dettaglio rinvio a quanto esposto in *An impossible Exchange*, cit., nt. 8 (p. 17-18). Le repliche di Schünemann ad Ambos sul piano della democraticità del dibattito culturale tedesco sono inoppugnabili (v. *infra*, nt. 93), ma per quanto riguarda la comparazione non possono essere seguite. Non basta ricordare la tradizione che va da Mittermaier e von Liszt sino alle numerose ricerche di diritto comparato penale oggi esistenti in lingua tedesca: lo sviluppo dell'autoriflessione della letteratura tedesca su categorie, istituti, scopi del diritto penale in tutta la seconda metà del Novecento (i suoi fondamenti) è stato sostanzialmente autoreferenziale, con rilevanti quanto rare eccezioni, a cui appartengono Autori come Jescheck e Tiedemann, o loro allievi. Va peraltro ricordato che lo stesso Jescheck, negli anni Cinquanta (ma sono certissimo che abbia cambiato idea in seguito) pensava che sul piano della *dogmatica* (intesa come teoria generale non strettamente di diritto positivo) il giurista tedesco fosse così avanti da aver poco da apprendere dalla comparazione (H.-H. JESCHECK, *Entwicklung*, cit., p. 28). Questo *bias* è rimasto senza dubbio alcuno nell'atteggiamento del penalista tedesco in generale che *di regola* considera solo la letteratura nazionale (neanche in lingua tedesca, ma proprio *deutsch*) in quel settore considerato l'apoteosi della scienza, ed è quanto basta per spiegare la lontananza di uno spirito "scientifico" di questo tipo da quello del diritto comparato.

⁶³ È la critica di M.-D. DUBBER, *Comparative Criminal Law*, cit., p. 1303 s.

diritto penale⁶⁴: una trasformazione che ha recepito sicuramente influssi dalla cultura di *civil law*, ma che storicamente è dipesa dalla sostituzione progressiva della consuetudine per il massiccio proliferare delle *statutory laws*, che ha aperto davvero nuovi territori, ancora da esplorare⁶⁵, producendo un necessario avvicinamento strutturale nella comprensione della forma *ius*.

Infatti, poiché il precedente è così diverso dalla massima di *civil law*⁶⁶, anche solo un tentativo di confronto rende palese che per il penalista è istruttiva quanto ambigua la comparazione col *common law* classico, per differenza di oggetto e metodo nella loro costruzione. Attualmente, invece, oggetto della comparazione, semmai, è il precedente nell'applicazione di uno *statute*, cioè il *decisum*, la *ratio decidendi* di un caso nell'attuazione di una legge scritta. Qualcuno dovrà finalmente verificare se è cambiato qualcosa, soprattutto in diritto penale, anche se si è fatto finta che non fosse cambiato quasi nulla.

E mentre la stessa *legal doctrine*, tradizionalmente, è stata quasi insistente⁶⁷, come anche la dogmatica (*general theory, dogmatics*), di fronte al predominio del ruolo del giudice-pontefice massimo⁶⁸, attualmente proliferano sempre più a livello di dialogo internazionale (più che di

⁶⁴ Sul grandissimo ritardo dell'elaborazione di una dottrina penalistica americana cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto*, cit., pp. 23 ss., 35 ss. e 42 ss.

⁶⁵ Da quando l'attività di codificazione, o comunque legislativa, estesissima anche in campo penale, ha consentito di prospettare una sorte di declino o di morte del *common law* (cfr. D. VETRI, *La morte del common law*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 495 ss., ma v. già G. CALABRESI, *A common Law for the Age of Statutes*, Harvard Univ. Press, Cambridge 1982), è parso chiaro che si sarebbe dovuto cominciare a comprendere che cosa era un *precedent* (non più rispetto al diritto consuetudinario, ma) rispetto all'applicazione degli *statutes*, e di qui ricominciare un dialogo comparato. Questo obiettivo mi pare che non sia ancora stato veramente raggiunto.

⁶⁶ Sempre utili sul punto gli studi classici (pur risalenti al tempo in cui i paesi di *common law* non erano considerati soprattutto in rapporto al loro versante statutario) di M. TARUFFO, *Precedents in Italy*, in E. Hondius (a cura di), *Precedent and the Law*, Bruylant, Bruxelles 2007, pp. 177 ss. e 181 s.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli 2007; R. S. SUMMERS, M. TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot 1997, p. 489.

⁶⁷ M. DUBBER, *Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts*, in *Zt. ges. Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 977 ss. Sulla marginalità della scienza giuridica nella vita intellettuale americana, v. già M. TUSHNET, *Legal Scholarship: its Cause and Cure* (1981), in ID., *Legal Scholarship and Education*, Aldershot, Ashgate 2008, p. 95 ss.

⁶⁸ In area inglese, osservava poco più di mezzo secolo fa il grande comparatista giuslavorista O. KAHN-FREUND, *Reflexions on Legal Education*, *MLR*, 1966, p. 121 ss. che per ragioni peculiari della storia inglese la magistratura risulta(va) investita di un prestigio e di un'autorità «unique, and perhaps comparable to those of the Roman *pontifices* prior to the twelve Tables».

studio finalizzato alla prassi) prodotti di teoria generale del reato del tutto corrispondenti alla dogmatica penale classica di *civil law*, e se è ancora diffusa l'impressione di un dialogo apparente per la diversità dei crittotipi, essa riguarda gli stessi ordinamenti di *civil law* e non solo quelli di diritto giurisprudenziale.

L'allagarsi delle esperienze comparate ha dunque accresciuto un senso forte di relativizzazione culturale che, senza riportarci al nazionalismo, ne ha peraltro conservato il vincolo normativo e culturale.

10. *L'impatto del diritto europeo tra internazionalizzazione e comparazione*

Come osservato ormai una ventina di anni or sono⁶⁹, «se ora sembrano maturi i tempi per poter affermare l'importanza della comparazione per lo stesso metodo dogmatico del penalista, ciò non dipende dal fatto che l'internazionalizzazione dei rapporti abbia consentito di “scoprire” una verità che esisteva o valeva anche prima, quando imperava il nazionalismo politico. Viceversa, è dovuto a una nuova politica criminale europea e internazionale il fatto che appaia indispensabile il dialogo fra culture e sistemi diversi e, con ciò, l'emergere della necessità (politica, scientifica e pratica) del metodo comparato: in vista, dunque, della lettura e applicazione di nuove fonti giuridiche di matrice comune o di comune destinazione. Un mutamento della politica criminale nazionale e internazionale, in definitiva, è il fattore scatenante del nuovo metodo».

Oggi possiamo in effetti constatare che il diritto europeo, insieme alla globalizzazione, ha prodotto più internazionalizzazione che cent'anni di comparazione penalistica “indipendente”: una comparazione “descrittiva”, quella di molti studiosi, che alla fin dei conti non ha abituato alla comparazione giuridica dentro ai diritti nazionali, cioè alla dogmatica comparata⁷⁰, perché i Paesi più forti hanno sempre fatto usare la comparazione agli altri per esportare i propri modelli, anziché cercare un vero dialogo tra

⁶⁹ M. DONINI, *Metodo democratico*, cit., p. 49 s.

⁷⁰ Sulla dogmatica *comparata* quale tratto costitutivo del metodo scientifico, per il diritto penale, cfr. anche gli AA. cit. in M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., cap. 4, nt. 14. La dogmatica comparata, beninteso, è ben possibile anche con la legislazione e il diritto di Paesi che non hanno tradizione dogmatica, per es. (per restare nei confini dell'Occidente) col diritto francese e con quello di *common law*: perché all'interno di quelle culture esistono eccome paradigmi concettuali, categorie, principi raggruppabili nella tradizione concettuale della teoria e della dottrina in generale.

non pari o in chiave intenzionalmente costruttiva di una tradizione davvero comune, peraltro giustamente consapevoli che il “così fan tutti” non è patente di verità e giustizia del diritto.

Occorre peraltro diffidare delle apparenze. Se il diritto europeo ha internazionalizzato e messo in dialogo modelli giuridici differenti, non sempre ha accresciuto la comparazione dentro alle tradizioni scientifiche nazionali di diritto positivo. Il diritto comparato è spesso posto in alternativa ai diritti “positivi”, alla loro “dogmatica”, non avendo (si dice) la funzione specifica di commentarne uno qualsiasi in chiave applicativa. Tuttavia, se l’angolo visuale diventa quello del dogmatico che fa comparazione, la funzione critico-costruttiva della comparazione ne risulta esaltata. È il secondo modello del diritto comparato a riemergere (*supra*, par. 2).

Anzi. La dogmatica comparata – metodo seguito da una minoranza di giuristi nel mondo, anche se ci onoriamo di far parte di questa minoranza – può esser vista come una indebita ibridazione, se non una contraddizione in termini, o un tradimento politico, al cospetto di una lettura tradizionale nazionalista o sovranista.

Ovviamente la dogmatica comparata va condotta sul *ius*, sugli istituti, sui formanti, non solo sulle *leges*. È un prodotto che a sua volta elabora *ius*, ma se diventa dogmatica di principi (anziché di categorie e di istituti), il suo tasso di incidenza politica cresce fortemente, moltiplicandosi a cascata nella lettura di molte disposizioni.

11. *L’idea “sovversiva” che la comparazione sia costitutiva per il metodo della dogmatica*

Se si dice che la comparazione è «costitutiva per il metodo della dogmatica giuridica»⁷¹, ciò rappresenta un attacco o un limite al nazionalismo dei precetti, alla loro politicità, alla stessa possibilità di pensare a un *crimen laesae maiestatis*, a delitti politici che siano nazionali per definizione⁷².

⁷¹ In termini M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., par. 7; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., p. 50. Per altri richiami penalistici v. gli AA. cit. in ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., cap. 6, nt. 108.

⁷² Sui delitti politici quale materia insuscettibile di un’analisi scientifica, v. il famoso rifiuto di Francesco Carrara di commentarli nel suo “Programma”: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Tip. Canonetti, Lucca 1870, pp. 3913 ss. e 3939 s. V. sul tema M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini*, in *Quad. fiorentini*, 1973, pp. 607

La dogmatica penale – disciplina spesso deduttiva, che si disinteressa dei fatti, e che va demitizzata e depurata di queste storiche connotazioni – è sempre stata nazionale; e quando ha pensato di elevarsi a contenuti di razionalità sovranazionale o universale, solo eccezionalmente si è basata sulla comparazione, ma per tradizione più sul giusrazionalismo: proprio in quanto “depositivizzata” è apparsa internazionalizzabile.

Gli esempi del diritto penale dei filosofi illuministi, quello del Programma di diritto criminale di Francesco Carrara nell'Ottocento, o del finalismo di Hans Welzel nel Novecento, sono del tutto paradigmatici⁷³.

Le cose non sono andate diversamente, quanto ad aperture comparatistiche dei commenti al *ius positum*, per il diritto penale francese e di *common law*, come detto. Sono soprattutto i Paesi a più marcata influenza straniera che si sono dimostrati aperti culturalmente ad ospitare linguaggi, categorie e tradizioni di diversa provenienza nazionale. Ciò significa che nella loro cultura di base le tradizioni penalistiche dei Paesi più forti sul piano politico-economico sono nazionaliste: sono “scienze nazionali”. Al punto che la comparazione, se declinata in chiave più critico-costruttiva, è stata vista come una disciplina “sovversiva”⁷⁴.

Senonché, a dispetto di quelle tradizioni, esistono categorie comuni e principi comuni, che restano sovranazionali. La traduzione plurilingue costituisce la prova di ciò, con i limiti che diremo (par. 15). Ma sul piano

ss. e 638 ss. Ma si tratta di posizione insostenibile: il delitto politico è assolutamente suscettibile di analisi scientifica, storico-comparata in primo luogo. Tecnica poi. Quanto alla sua “legittimazione” politica, invece, essa non è necessariamente richiesta all'interprete.

⁷³ V. sul contributo del (o di argomenti di) diritto naturale (o giusrazionalistici) allo sviluppo della comparazione giuridica R. WILCOX, A. CARTY (a cura di), *Natural Law and Comparative Law*, Simmonds & Hill Publishing, London, Wildy 2015. Per una riaffermazione del valore di verità della scienza penale, in questioni soprattutto di parte generale, nel senso che non esisterebbe una scienza penale nazionale (tedesca, americana, italiana etc.), ma su basi di ontologismo giuridico, cfr. H.J. HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, cit., p. 43 ss. Sul metodo ontologico di Welzel rinvio in particolare a W. HASSEMER, *Le “strutture logiche della realtà” in Hans Welzel*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Esi, Napoli 2007, p. 251 ss.; K. SEELMANN, *Le “strutture logiche delle cose” di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, p. 21 ss.; L. CORNACCHIA, *Ein unausrotbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, *ivi*, spec. p. 294 ss.

⁷⁴ *Ex plurimis*, G.P. FLETCHER, *Comparative Law as Subversive Discipline*, in 46 *Am. J. Comp. Law*, 1998, p. 683 ss.; H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, p. 503 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 5 ss., 32 ss., 45 ss., 58 ss. e *passim*. V. pure G. FRANKENBERG, *Comparative law as Critique*, cit., pp. 21 e 32 ss.

delle scelte politiche di fondo la limitazione alla sovranità degli Stati da parte di alcune verità del diritto è dipesa non dalla persuasione dell'esistenza di "strutture ontologiche" (per es. Welzel) o di saperi di assoluta razionalità pre-positiva (per es. Carrara), quanto soprattutto da vincoli istituzionali e politici di tipo internazionale o sovranazionale (per es. Delmas-Marty)⁷⁵, quali contenuti nei trattati europei, nelle Convenzioni e nella giurisprudenza delle Corti internazionali. È sempre la fiducia in un testo che accomuna veramente i giuristi nel sentirsi forti dei loro risultati.

La comparazione offre tuttavia una nuova base di costruzione degli oggetti della conoscenza giuridica: esattamente come scienza "prepostera", come la chiamava sprezzantemente Francesco Carrara, che invece propugnava il modello alternativo della deduzione pura, il giusrazionalismo come matematica, indipendente dai fatti, indipendente dalle norme positive del codice della città. Per Carrara, infatti, la comparazione giuridica non era che «un complemento» della scienza⁷⁶, che non doveva "mettere dentro" di essa qualcosa che dipendesse da accertamenti empirici.

Sono sempre avvenute scoperte e soprattutto invenzioni giuridiche generalizzabili, pur se elaborate all'interno del territorio nazionale delle

⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3 ss.; ID., *Chaire d'études juridique comparatives et internationalisation du droit*, Collège de France, Fayard, Paris 2003; ID., *L'influence du droit pénal comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris 2002, p. 95 ss. Di istanze universalistiche o per una teoria generale non legata a singoli ordinamenti positivi vi è traccia per es. anche in Autori comparatisti come Jescheck o Fletcher. Per una lettura dell'opera di Fletcher (più con riferimento ai *Basic concepts of Criminal law* del 1998, ma estensibile anche a *The Grammar of Criminal Law* del 2007) come di «teoria generale del diritto penale» a base sì comparata, ma di tipo universalistico, v. M.D. DUBBER, *Comparative Criminal Law*, cit., p. 1305 ss. Queste assimilazioni di Feuerbach, Jescheck, Delmas-Marty o Fletcher in ideali universalistici devono a mio avviso essere ricondotte a dimensioni reali: la pretesa generalizzante di alcune impostazioni o alcuni lavori non può celare che il punto di vista basilare, di *civil law*, tedesco, francese oppure di *common law*, rimane paradigmatico in tantissimi altri scritti pur con richiami internazionali. Il peso argomentativo del diritto o dell'autore straniero serve spesso semplicemente a suffragare scelte prospettate come «più generalmente valide». Ma questa è semplicemente dogmatica internazionale. Nel caso di Fletcher, tuttavia, la costruzione mira in sé a obiettivi di ricerca di categorie, istituti davvero transnazionali secondo percorsi di indagine linguistico-strutturali e filosofici. A tutto campo G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international. Foundations*, I, Oxford University Press, New York 2007. V. anche in merito gli atti del convegno a lui dedicato: A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, Esi, Napoli 2018.

⁷⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Tip. Giusti, Lucca 1867, *Prolegomeni*, p. 25. Senza nessun «viaggio prepostero»: *ivi*, p. 26.

leggi, così come esistono ovunque prodotti scientifici, non solo esegetico-interpretativi, di diritto nazionale e che non si confrontano con materiali stranieri⁷⁷. Tuttavia, la comparazione come la storia appartiene alla verifica non solo empirica, ma anche metodologica delle teorie giuridiche, dello *ius* che non sia mera interpretazione: un requisito che oggettivamente eleva quei prodotti a una valenza internazionale. Vediamo il senso attuale e quello classico di questo obiettivo culturale.

12. *Contro la prassi di una “scienza nazionale”. Internazionalizzazione della scienza e comparazione. Il ruolo di iura et leges in questo contesto*

Il diritto penale è stato sempre uno strumento privilegiato della politica; per questo, in assenza di ordinamenti sovranazionali “armati”, esso viene concepito e praticato come nazionale. Così nazionale da risultare sovranista e nazionalista più di ogni altro diritto, e come tale ostile a influenze straniere⁷⁸.

Solo se la politica si internazionalizza, o europeizza, anche il diritto penale è costretto ad assumere tratti più dialogici e internazionali, perché alcune leggi nascono già sovranazionali.

Abbiamo così una giustizia applicata che è anche formalmente oltre “i confini di un fiume” (Pascal): d’altro canto, anche l’Europa può essere

⁷⁷ Per il carattere *scientifico* di uno studio giuridico non è sufficiente raggiungere una *right answer* nell’attività interpretativa. Basterebbero per questo le sentenze riccamente motivate. L’ermeneutica può essere peraltro innovativa e originale, soddisfacendo per questo il valore dell’innovazione scientifico-ermeneutica. Se rimane peraltro diritto solo nazionale, che è la base dell’attività del giurista, presenta semplicemente i limiti di questa collocazione e di questo orizzonte, per quanto sia rinomato il modello culturale che rappresenta. Il carattere *scientifico* del diritto nazionale non dipende peraltro solo dall’ermeneutica, ma anche dall’essere inserita la sua ricostruzione in un progetto epistemologico che guarda alle conseguenze e ai saperi empirici che sorreggono e collaudano il progetto legislativo e l’attuazione dei principi di offensività e di *ultima ratio*. Ma solo un collaudo sovranazionale (esplicito o implicito, anche solo di rimando ad altri studi) conferisce a quel prodotto un valore epistemologico compiuto.

⁷⁸ Utile rappresentazione in A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, cit., pp. 7 ss. e 49 ss. Lo sviluppo della comparazione in area penalistica, pur variamente attuata nell’Ottocento, sia pur con alcuni limiti metodologici evidenti, si registra dopo la metà del secolo XX, soprattutto sotto la spinta di istituzioni e movimenti di europeizzazione, globalizzazione, armonizzazione, e accanto allo sviluppo di un diritto penale per principi, e non solo per regole. Per una utile ricostruzione storica cfr. F. PALAZZO, M. PAPA, *Introduzione*, cit., pp. 21 ss. e 33 ss. (e in generale il capitolo I).

provincia e non è una necessità concettuale del diritto che sia sovranazionale la legge: il diritto può essere culturalmente e concettualmente sovranazionale anche in presenza di soli Stati-nazione, perché è il prodotto di più saperi di valenza o contenuto sovranazionale, e non si riduce a un comando legislativo o alla sua esegesi.

I comparatisti del diritto penale pensano che la scienza sia sempre internazionale, anche se la politica (e la legislazione) può (o deve) essere ovviamente (anche) nazionale: perché la scienza non è *province*.

Non c'è bisogno dunque di una politica internazionale per internazionalizzare la scienza, anche se la prima appare come una condizione favorevole alla seconda. Oggi con l'europeizzazione qualcuno pensa che la teoria generale del reato sia da coltivare per questo motivo giuspositivistico in chiave europea, ma ciò non esprime il punto di vista che abbiamo sempre seguito: la dimensione sovranazionale della scienza dipende da un oggetto di conoscenza non meramente politico, e dunque non meramente nazionale, ma più vasto.

Una cosa infatti è l'interpretazione delle leggi (parte indispensabile della loro conoscenza), altra cosa la costruzione scientifica (parte indispensabile del diritto)⁷⁹.

La dimensione politica della legge nazionale è anzi sicuramente prevalente: il diritto penale è una politica⁸⁰. Il contenuto scientifico del penale come diritto (*ius*), e non come mera legislazione (*lex*), è dunque circoscritto a conoscenza storico-comparata, ma anche al controllo critico di legittimità costituzionale e "di sistema" delle leggi.

Ciò riduce sicuramente il campo delle acquisizioni scientifiche, ma riduce anche il territorio delle analisi giuridiche puramente nazionaliste che si ammantano di false attribuzioni epistemiche.

⁷⁹ Che la dottrina si cimenti sempre di più con problemi di interpretazione, supportando le soluzioni e lo sviluppo della magistratura, è certo molto utile e attesta la vocazione pratica della scienza giuridica. Non c'è dubbio, peraltro, che il suo compito non si esaurisca in questa attività: proprio ciò che ne differenzia la funzione rispetto a quella di ogni interprete professionale (magistrato, avvocato, consulente, operatore), è di avere un orizzonte di pensiero e di confronto più ampio dovuto a prospettive sia di verifica del progetto legislativo in termini di conoscenze empiriche e di valori sovraordinati, sia storico-comparate e internazionali che sono il suo *proprium*. Oggi capita invece non di rado di assistere al fatto che la magistratura si internazionalizza e tende alla generalizzazione, mentre la dottrina no. In questo mi pare di constatare una innaturale inversione dei ruoli.

⁸⁰ Cfr. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, p. 393 ss., anticipato in *DisCrimen*, 2019, p. 29 s. Ciò non svaluta questo prodotto, solo per il fatto *contingente* che la situazione dei partiti, per es. in Italia, renda la selezione della classe politica e di governo spesso carente *oggi* di affidabile cultura giuridico-penale.

Certo è però che l'orizzonte europeo allarga comunque in misura rilevante la vecchia dogmatica nazionalista o pseudo-universale da esportazione, rendendo più palese o meno aggredibile il nostro assunto: che quanto più facciamo comparazione, tanto più sappiamo vedere i tratti nazionali, e non "idealtipici", dei nostri sistemi⁸¹.

13. *Comparazione e costituzionalismo penale: il retaggio dell'aristocrazia penale e l'allargarsi degli attori e dei linguaggi del discorso penalistico*

Se dovessimo chiederci quanto lo statuto epistemologico del diritto penale contemporaneo abbia recepito dal metodo comparato – dalla comparazione come "metodo" della ricerca legislativa, scientifica e applicativa – dovremmo focalizzare l'attenzione anche sulla comparazione nel diritto penale costituzionale.

Resta il fatto che il controllo di costituzionalità delle leggi penali, che rappresenta una prassi e un metodo costante per il penalista, raramente, a livello anche di analisi scientifica, utilizza materiali comparati: ciò che accade maggiormente, invece, a livello di giurisdizioni superiori ed europee.

Questo vale nonostante che l'approccio costituzionalistico costituisca una base epistemica piuttosto diffusa oggi non solo in Italia (che vanta una *leadership* storica al riguardo), ma almeno in alcune aree non solo europee, dato che la vecchia dogmatica pre-costituzionale è chiaramente *passé*, anche

⁸¹ Osserva B. SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat*, cit., p. 654 ss. che i penalisti tedeschi fanno più comparazione dei colleghi americani e francesi. Vero. Sennonché francesi e americani non ambiscono a una *leadership* penalistica culturale, come da un secolo fanno i tedeschi "esportatori". Pur con debite eccezioni comparatiste, siamo sempre in un contesto nazionalista, talora autocelebratosi come universale. La comparazione non è in genere vista in chiave integrativa-dialogica, ma quasi esclusivamente conoscitivo-descrittiva: secondo il modello-Radbruch già segnalato. L'idea che ci sia veramente uno scambio, con forme di "importazione", e non solo di esportazione (così peraltro *ivi*, p. 671), può essere agevolmente verificata e falsificata leggendo il complesso ordinario della produzione accademica di dogmatica e teoria generale. È già molto, peraltro, che sia entrato nel dibattito il principio che la comparazione si deve fare, anche se non la si fa. Occorre poi segnalare, a parte la funzione storica straordinaria e unica di promozione di cultura comparatista del "vecchio" *Max Planck* (anche all'estero, più che in Germania), ancora una volta, la straordinaria opera di traduzione di numerosissimi studi italiani, anche monografici, condotta da Thomas Vormbaum nelle collane da lui dirette per i tipi di *Lit Verlag* e nello *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* ora edito da W. De Gruyter. Questo non significa che a tale encomiabile e unica attività di divulgazione scientifica corrisponda una altrettanta attenzione a quella generosa offerta nella prassi della ricerca in lingua tedesca.

se contiene parti imperiture di analisi e studi, e solo la sua rivitalizzazione mediante principi non dedotti dal diritto ordinario, ma ad esso esterni, la mette in dialogo con la realtà e i valori di garanzia avvertiti come fondanti, e non solo come “limiti”⁸². Proprio nelle aree “non dogmatiche”, come il *common law* o il diritto francese, si è sviluppata una significativa “dogmatica costituzionale o di principi” a base giudiziaria.

Osservando questa diffusione di giurisprudenze di principi, particolarmente presenti in Europa ma anche da sempre negli USA, va peraltro osservato che, in ambito accademico penalistico – che riflette il contesto nazionale delle Costituzioni degli studiosi –, è un po’ carente la sensibilità o la prassi di una comparazione sulle tradizioni costituzionali penali, ma è spesso carente a livello comparato l’idea stessa che la Costituzione sia fondamento e *know-how* del diritto penale: ciò che accentua letture nazionalistiche del diritto costituzionale penale.

Uno spaccato abbastanza istruttivo si ricava dalla lettura degli atti in memoria di Joachim Vogel, che raccolgono le relazioni svolte al convegno internazionale di Monaco dell’ottobre 2014⁸³. Già allora si poteva constatare con quanta tiepidezza fosse recepito un diritto penale a fondamento costituzionale: per il penalista la Costituzione resta spesso solo un insieme di paletti che il Parlamento deve evitare di investire nel suo slalom legislativo. Ricordo alcune affermazioni di Matthias Jahn⁸⁴ riferite all’atteggiamento dei penalisti tedeschi: lo *Strafverfassungsrecht* non appartiene al canone dei concetti tecnici stabiliti della scienza giuridica. Lo si usa fino a ora più che altro senza una riflessione contenutistica approfondita⁸⁵.

E poi, con riferimento al controllo di costituzionalità sulle leggi penali: «da sempre è apparso manifesto il *self-restraint* della Corte costituzionale nel controllo sulla giustificazione delle condotte e delle sanzioni di natura penale»⁸⁶.

E ancora si sottolinea che domina in letteratura e in giurisprudenza un’opposizione alla cosiddetta colonizzazione del diritto penale attraverso

⁸² Si consenta il rinvio a M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Il Foro it.*, 2001, V, pp. 29 ss.; ID., *Techniken und regulative Modelle eines verfassungsorientierten Strafrechts*, in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *Die Verfassung*, cit., p. 87 ss.

⁸³ K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *Die Verfassung*, cit.

⁸⁴ M. JAHN, *Strafverfassungsrecht: die Verfassung als Herausforderung*, *ivi*, p. 65 e *amplius* p. 63 ss.

⁸⁵ *Ivi*, p. 65.

⁸⁶ *Ivi*, p. 73.

il diritto costituzionale⁸⁷: «la Costituzione – così nelle parole richiamate di Naucke – non contiene la verità sul diritto penale e non ci protegge da gravi errori nella costruzione e nell'utilizzo del diritto penale»⁸⁸.

Certo, come risponde Jahn a Naucke, nel diritto costituzionale penale non si tratta di verità ma di garanzie e di un ordine gerarchico organizzato di principi, che può fare molto bene – per citare un solo esempio – a vecchie discussioni come quella sulla proporzione nel caso della legittima difesa⁸⁹, che punisce da sempre in Germania anche con la morte il ladro che fugge. Né colonizzazione, né solipsismo dice Jahn, ma ordine di valori vincolante, da concretizzare mediante una legislazione costituzionalmente conforme⁹⁰.

No alla Costituzione-codice, in fondo (vecchio difetto dell'approccio italiano stile anni Settanta), ma sì a un Codice-costituzione.

Qui peraltro è in gioco una maggiore democratizzazione del discorso penalistico, i cui attori sono anche giudici e avvocati, non più l'oligarchia arroccata dell'accademia, che già da tempo non esiste più come voce della dottrina, ma stenta a trarne le debite conseguenze.

Nuove dottrine si sviluppano “altrove”.

Emerge infatti, nelle generazioni più recenti della penalistica, un altro dato che pare unirci oggi: la critica all'aristocrazia penale quale metodo della vecchia dogmatica accademica autoreferenziale⁹¹. Sono lieto che da Joachim Vogel in poi questo concetto, cioè il superamento della aristocrazia penale attraverso un nuovo metodo di interpretazione più democratico, più allargato agli attori del processo, abbia iniziato a essere recepito nella più recente letteratura tedesca a cui si è fatto riferimento⁹². L'apertura del

⁸⁷ *Ivi*, p. 85, citando Naucke.

⁸⁸ Cfr. W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. ed., Luchterhand, Neuwied etc. 2002, par. 2/99.

⁸⁹ Così implicitamente M. JAHN, *Strafverfassungsrecht*, cit., p. 86.

⁹⁰ *Ivi*, p. 86.

⁹¹ *Ivi*, p. 73.

⁹² J. VOGEL, *Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum*, cit., p. 27 ss.; ID., *Europäische Kriminalpolitik, europäische Strafrechtsdogmatik*, in *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, 2012, pp. 517 ss., 534. In realtà, Vogel e il (modesto) dibattito tedesco successivo hanno forse interpretato questo mio richiamo ai tratti aristocratici della letteratura scientifica (M. DONINI, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2006, pp. 3 ss., 28 ss.) come una critica rivolta in particolare alla dottrina tedesca (v. anche C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., par. 2/94e). Non è affatto così. Se la dottrina tedesca ha sì il difetto di una autoreferenzialità che essa stessa avverte oggi come limite politico, se non anche scientifico, i tratti dell'aristocrazia penale sono invece assai più diffusi in quel comune atteggiamento dottrinale di *civil law* che non dialogava con la prassi, che non percepiva che anche la giurisprudenza è dottrina, e che la dottrina è diritto, che non metteva in campo la pluralità degli attori del discorso giuridico che peraltro è un tratto

metodo penalistico alla comparazione poi, e non solo alla prassi giudiziaria, rappresenta da sempre un banco di prova, anche se non necessariamente un antidoto, per la cultura punitivista nazionale che presenta aspetti non sempre negativi o positivi soltanto, e lo stile ermeneutico proprio della democrazia costituzionale si fa garante di questo obiettivo internazionale, anche se il suo sviluppo, oggi, appare più dovuto alla comparazione giurisprudenziale⁹³ soprattutto a livello di *Supreme Courts*⁹⁴, che non a studi di diritto costituzionale comparato in senso stretto, a parte la comparazione legislativa necessaria per la costruzione di fonti normative UE.

14. *Democratizzazione del discorso penale, biblioteche digitali e linguaggio*

L'apertura del discorso scientifico a più soggetti protagonisti del diritto implica una democratizzazione del linguaggio e quindi una sua inevitabile semplificazione, ma anche pubblicizzazione. Scienza e diritto sono linguaggio pubblico, non possono restare esoterici.

La scelta dei *partners* della comparazione presenta anch'essa un valore politico, oltre che di praticabilità concreta. La comparazione universale, mito dell'Ottocento, è praticamente possibile in *team*, spesso come primo approccio di conoscenza di testi legislativi tradotti. La valenza politica della scelta si misura immediatamente quando si voglia estendere il paradigma dei diritti fondamentali a culture non occidentali⁹⁵. E ancor più qualora

essenziale all'approccio costituzionalistico di cui l'esperienza italiana è stata un pionieristico esempio in materia penale. L'attenzione ai casi e alla prassi come costitutiva del metodo è assai precedente nella letteratura e nella didattica di lingua tedesca (i *Fälle!*) rispetto alla penalistica italiana. Non così la comparazione e la pluralità degli attori istituzionali in una *verfassungsorientierte Verbrechenlehre*.

⁹³ Cfr. M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2015; T. GROPPI, M.C. PONTHEAU (a cura di), *The Use of foreign Precedents by constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford etc. 2013; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to foreign Law: a new Source of Inspiration?* (2006), trad. it.: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna 2009; T. COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr, Tübingen 2012, pp. 27 ss. e 157 ss., dove si individuano le tensioni tra questa prassi e il modello tradizionale del giuspositivismo, sottolineando la positività degli scambi in vista di una razionalizzazione, e non di una decostruzione, del diritto interno; v. pure A. ESER, *Comparative Criminal Law*, cit., p. 41 ss.

⁹⁴ Una vastissima ricerca internazionale è ora compendiata in G.F. FERRARI (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill, Nijhoff, 2019.

⁹⁵ Cfr. su tutto questo già H. JUNG, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, in *JZ*, 1998, spec. p. 3 ss.

si volesse assegnare tra gli obiettivi della scienza penale oggi quello della costruzione dei limiti del diritto penale e dunque il garantismo come suo contrassegno storico-politico. La comparazione, dunque, mentre da un lato promette livelli di approfondimento degli istituti impensati in una lettura esclusivamente interna, dall'altro consente dialoghi forse a volte più superficiali, ma tra grandi distanze, che come Hermes mette in collegamento perché è strumento di conoscenza che vede i sistemi dall'esterno.

C'è un tasso fortemente politico, e non certo solo epistemico, in questo tipo di operazione culturale non "espansionista", ma di internazionalizzazione che relativizza la portata di un comando. Da sempre è stato un obiettivo dichiarato di numerosi comparatisti la ricerca di una scienza universale, ma molto più pratico sarebbe disporre di alcune lingue universali nelle quali tradurre anche le categorie e i maggiori principi del diritto e del processo penale. Mettendo a disposizione di tutti una biblioteca universale di tipo digitale. Il tasso politico dello stesso diritto penale, a differenza di quello privato, spiega bene quale sia la difficoltà del tentativo di poter entrare nella "città proibita", ovunque ce ne sia una. Questo obiettivo sarebbe impossibile senza l'apporto della comparazione, ma esso si presenta, grazie anche all'ausilio di strumenti informatici inesistenti fino a poco tempo fa, una realizzazione attualmente alla portata almeno della tecnica. Sarà anche solo un mezzo, ma qualunque discorso generalizzabile non può farne a meno ed appare oggi un traguardo non trascurabile e concreto della ricerca comparata, che impone di rendere traducibili i prodotti culturali che davvero si intendono introdurre nel dialogo internazionale⁹⁶. Rimarrà poi il problema più arduo: quello di leggere.

15. *Il tertium comparationis oltre il formalismo*

Qualunque discorso sulla comparazione suggerisce a chi compie il raffronto di provare o indicare che cosa si utilizza per dire che A e A1 sono uguali, o differenti, o che A e B si equivalgono, o se vogliamo qual è il punto di vista, il senso, lo scopo, o la funzione del raffronto, ciò che a lungo si è

⁹⁶ Un buon argomento sul "dover essere", tratto dalla comparazione, può sempre essere usato. Resta in tal senso attuale il progetto della comparazione come metodo interpretativo universale prospettato da K. ZWEIFERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift*, 1949-1950, p. 5 ss. Non si tratta tuttavia di topoi, ma di argomenti inseriti in un dialogo tra sistemi, regole e istituti.

inteso come *tertium comparationis*⁹⁷.

L'esperienza del giurista insegna che solo superando la barriera linguistica si può cominciare a identificare un oggetto simile, ideale, mentale o concettuale che funga da strumento, canone ermeneutico di raffronto o esito di una ricerca comparativa.

Ecco che *Schuld*, *culpability* e colpevolezza possono essere intesi come sinonimi, ma quando si raffrontano nell'analisi, il *tertium comparationis* solo come ipotesi è già nella mente di chi sta effettuando il confronto: un giurista italiano, uno tedesco e uno inglese useranno uno strumento ermeneutico di identificazione diverso, partendo il primo dal suo concetto di colpevolezza, il secondo dal suo concetto di *Schuld* e il terzo dal suo concetto di *blame*. Il fatto è che il *tertium comparationis* non esiste come strumento precostituito all'intendere, ma è semmai il risultato o lo scopo dell'indagine, più che un canone ideale prestabilito⁹⁸: si potrà identificare, secondo il contesto, nella *Schuld* un mero elemento soggettivo e dunque qualcosa di meno che *guilt* o *fault*, e di corrispondente al *mental element*, ma non al *blame*: non un *Tadel*, ma una *subjektive Tatseite*. Dipende. Perché si potrà invece valorizzare un dato extragiuridico, ma socioculturale di rimprovero, valorizzando proprio la colpevolezza come rimprovero, e dunque *blame* e *Schuld* in ogni caso, declinata come *Vorwurf*.

Ma potrà anche accadere che lo stesso concetto di rimprovero, di *blame* e *Vorwurf* abbia un suono e un valore differente in quelle culture penali, attente o resistenti a una morale pubblica di Stato, evocando conseguenze giuridiche di impensabile varietà, purché fondate semplicemente su una colpevolezza processuale (*guilt*).

È solo un esempio, tanto facile quanto complesso, come si può

⁹⁷ Sul *tertium comparationis* – che di per sé vanta millenni di bibliografia nelle branche più diverse del sapere e della cultura, dalla filologia delle similitudini di Omero e dal sillogismo negli *Analitici* di Aristotele in poi – v. per es. tra i comparatisti K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, cit., p. 35 ss.; N. JANSEN, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 316 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *La méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1974, tr. it. *Il metodo comparativo*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Giappichelli, Torino 2000, pp. 20 ss. e 61 ss.; V. KNAPP, *Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé* (1968), in K. ZWEIFERT, H.-J. PUTTFARKEN (a cura di), *Rechtsvergleichung*, cit., p. 335 ss.

⁹⁸ L.J. COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 62. I comparatisti trattano spesso con una certa sommarietà intuitiva un problema che ha davvero elaborazioni straordinarie dall'antichità a oggi, anche se non in campo giuridico, ma letterario, logico-filosofico, retorico, linguistico etc. Per quanto non sia facile attendersi risultati pratici sconvolgenti, sul piano della conoscenza sarebbe consigliabile uno studio interdisciplinare di tipo monografico. Ma si tratta di ricerca di rilevante difficoltà.

vedere agevolmente⁹⁹, che coinvolge temi straordinari quali l'analogia, la similitudine, la metafora, l'imitazione, la traduzione, il *typus*, la natura delle cose, la semantica, il significato, il senso e la detonazione, gli universali, la linguistica, la semiotica, la filosofia comparativa e quant'altro. Ma oltre a ciò, c'è tutto il reale normato da mettere a fuoco, il processo, gli attori, la cultura di riferimento, la sociologia giuridica, etc. E ovviamente la funzione degli oggetti comparati.

La realtà che sta sotto il nome, la sua ricerca, è il problema epistemologico comune alle due forme principali di comparazione che abbiamo discusso.

Ciò consente di chiudere questo viaggio con una conferma. Non c'è più neppure dialettica tra *lex* e *ius*: conta la norma, quella reale, perché la comparazione è sempre un viaggio oltre il diritto come forma e comando. Per questo il positivista giuridico la osserva con sospetto occhiuto, ma senza sufficienza, perché sa che non può farne a meno.

⁹⁹ Esempificazioni istruttive in G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, I, cit., pp. 117 ss., 144 ss., e tutto il capitolo sulla *Guilt*, *ivi*, p. 298 ss.

Gabriele Fornasari

*L'evoluzione della comparazione giuridica
in ambito penalistico*

SOMMARIO: 1. Il quadro storico di riferimento: le ragioni di un ritardo – 2. Le cause della svolta e il nuovo interesse per la comparazione – 3. Quale statuto epistemologico per la comparazione penalistica? – 4. Microcomparazione e macrocomparazione – 5. La comparazione e le sue finalità – 6. L'individuazione dei modelli di riferimento – 7. I nuovi fattori di impulso alla comparazione – 8. A mo' di conclusione.

1. Il quadro storico di riferimento: le ragioni di un ritardo

Un'analisi della comparazione penalistica in Italia non può non partire da un seppur breve *excursus* storico. E il primo dato che questo *excursus* dimostra è quello di un ritardo. Di un duplice ritardo, sia nei confronti di altre discipline giuridiche, sia nei confronti di altri Paesi.

Il Novecento penalistico italiano, per circa tre quarti della sua durata, è caratterizzato da studi che con poche eccezioni prescindono da indagini comparatistiche, se non puramente occasionali e mai caratterizzate da un'adeguata metodologia.

Quando mi riferisco al settore penalistico, intendo abbracciare anche gli studi di diritto processuale penale, assunto che per gran parte del periodo storico citato l'attuale steccato accademico di separazione fra diritto sostanziale e processuale non esisteva.

Se ne suole attribuire la responsabilità all'indirizzo tecnico giuridico instaurato a seguito della citatissima prolusione sassarese di Arturo Rocco¹ e divenuto dominante già durante l'età del fascismo, quantunque non fosse in sé consustanziale con una concezione autoritaria del diritto penale, anche se certo si adattava molto bene all'impronta nazionalista del fascismo.

Che una parte di responsabilità vi sia stata è difficile negarlo: anche se Rocco, in un passaggio non molto citato della sua prolusione, rivendica al giurista, tra le altre, anche la funzione di interpretare le norme con l'uso

¹ *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.

del metodo comparato (ed essendo egli stesso uno studioso assolutamente attrezzato a farlo, come dimostrano i suoi scritti precedenti, nonché la stessa prolusione), è certo che il ben più noto e citato passaggio in cui si afferma con forza la necessità che il penalista si attenga religiosamente e scrupolosamente al diritto positivo vigente come unica premessa per fare davvero scienza giuridica ebbe il potere di deprimere una tradizione di studi a cui in realtà non era del tutto estranea la prospettiva della comparazione, come dimostrano diversi studi apparsi tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento in una sede prestigiosa come la "Rivista penale" di Luigi Lucchini.

Né era possibile pretendere che gli studi comparatistici traessero linfa durante il periodo fascista.

La concentrazione verso la produzione e l'interpretazione di un codice (*rectius*: di due codici) espressione dell'autentica tradizione nazionale e il forte *input* politico in senso ultranazionalista condizionarono sensibilmente la dottrina, e si può con certezza affermare che i riferimenti comparatistici di alcuni studiosi (possiamo citare in particolare gli allora giovani Giuseppe Bettiol e Pietro Nuvolone) possono essere considerati come avvenimenti sporadici.

Sorprende forse di più che questo sostanziale disinteresse in fondo caratterizzi anche i primi decenni successivi all'instaurazione dello stato democratico costituzionale.

Alcuni autorevoli penalisti italiani, come Tullio Delogu, si diedero da fare per sostenere la tesi della compatibilità del codice Rocco con i principi fondanti del liberalismo, solo che se ne eliminassero alcune incrostazioni evidentemente autoritarie contenute soprattutto nella parte speciale; questo tentativo di fatto ebbe successo e condizionò anche l'attività dottrinale, in cui non venne sostanzialmente meno il dogma dell'essenziale attenzione al diritto positivo vigente come oggetto di analisi.

Solamente nelle ricerche di qualche studioso affiorò una crescente attenzione per modelli dogmatici stranieri. Faccio riferimento, ovviamente, alla dogmatica tedesca, che all'inizio della seconda metà del Novecento si affermò come un formidabile prodotto di esportazione. Tuttavia, bisogna ricordare che talvolta quei riferimenti a costruzioni di teoria generale del reato erano consapevoli fino a un certo punto, dato che omettevano di considerare il substrato sociale, culturale e normativo di quelle costruzioni teoriche, ed inoltre nella maggior parte dei casi si concludevano con il rigetto di quelle impostazioni; basti pensare al rapporto con la concezione finalistica dell'azione, accolta solo da un settore minoritario della nostra dottrina e fatta oggetto per esempio di una liquidazione sprezzante nel diffusissimo manuale di Francesco Antolisei.

Nel frattempo, invece, nel campo del diritto civile figure di studiosi

del calibro di Gino Gorla e Rodolfo Sacco davano luogo a un'importante innovazione metodologica, produttiva di studi che si ponevano l'obiettivo di analizzare per modelli i sistemi giuridici e di inserire a pieno titolo la comparazione nello strumentario interpretativo del giurista.

2. Le cause dalla svolta e il nuovo interesse per la comparazione

Ho sempre avuto l'impressione che il punto di svolta che ha incrementato in modo decisivo l'attenzione degli studi penalistici verso quello che potremmo definire il mondo esterno rispetto all'orizzonte nazionale sia da individuare non tanto all'interno dell'oggetto degli studi stessi, ma in un fattore esterno.

Alludo all'istanza di riforma del codice (in realtà, non solo del codice ma anche di altri pilastri del sistema penale) che cominciò ad emergere in modo sempre più forte a far data, direi, dagli anni Settanta, unitamente a un'istanza parallela di effettiva valorizzazione dei principi costituzionali in materia penale, ivi compreso il settore processuale.

Contemporaneamente, divenne più frequente, fino a diventare quasi abituale dagli anni Ottanta, che i giovani ricercatori del diritto penale integrassero la propria formazione con periodi di studio all'estero, durante i quali inevitabilmente vennero a contatto con metodi e informazioni che relativizzavano il modello penalistico che gli studi universitari avevano presentato loro quasi come un dato ontologico e non condizionato da premesse peculiari che potevano non essere condivise da altri ordinamenti.

Tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, insomma, si inclinò verso un approccio allo studio degli istituti penalistici che non era più rigorosamente esegetico-dogmatico secondo i riferimenti tradizionali, ma voleva porsi anche in chiave critica, affacciando ragioni politico-criminali per introdurre riforme o nell'interpretazione dei concetti o più direttamente nella legislazione di riferimento.

Da questa sensazione di scollamento tra realtà sociale e realtà normativa sorsero la necessità e il desiderio di aprirsi all'esterno, di conoscere soluzioni che potessero meglio adattare le norme al contesto che dovevano regolare.

Come è noto, i processualisti attinsero a fondo dall'esperienza di *common law*, che condizionò, anche se non senza qualche equivoco, le basi formative del codice di procedura del 1988, mentre gli studiosi del diritto penale sostanziale si aprirono a varie realtà.

Nel mio ricordo personale, il legame fra istanza di riforma codicistica

e apertura alla comparazione si manifestò per esempio allorché, alla fine degli anni Ottanta, il mio Maestro, Franco Bricola, allora membro della Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale (istituita dal ministro guardasigilli Giuliano Vassalli), essendo stato incaricato di occuparsi del settore delle cause di non punibilità (giustificanti e scusanti) mi chiese di redigergli un rapporto circa i più interessanti spunti comparatistici relativi appunto alle varie esimenti, e so che analogo compito affidò ad altri (allora) giovani ricercatori della sua scuola bolognese in relazione ad altre tematiche.

Come ben sappiamo, quella riforma codicistica non vide mai la luce perché non fu mai davvero appoggiata dal potere politico, tuttavia posso ricordare che nell'articolato che fu presentato al ministro vi era un art. 17 al cui interno si trovavano disposizioni in materia di stato di necessità che traevano spunto proprio dal confronto con esperienze straniere.

È più o meno da quel periodo che gran parte dei lavori monografici prodotti dalla dottrina italiana contengono capitoli nei quali vengono esaminati norme e istituti presenti in legislazioni straniere, e inoltre alcuni studi si occupano esclusivamente di analizzare esperienze giuridiche straniere, per non dire del fatto che venne avviata un'opera di sistematica traduzione in lingua italiana di codici penali europei e in qualche caso extraeuropei, in una meritoria collana dell'editore Cedam diretta da Sergio Vinciguerra².

Un ulteriore stimolo, al quale farò riferimento più specificamente in seguito, cominciò a venire in quegli anni dal processo di unificazione europea, che all'inizio lambiva solo in modo molto indiretto il diritto penale, ma poi interessò più da vicino almeno alcuni settori rilevanti per l'ambito penale.

Ho parlato fin qui di crescente interesse per la comparazione, di attenzione maggiore alle esperienze degli altri Paesi, ma lo sviluppo non fu certamente lineare.

3. Quale statuto epistemologico per la comparazione penalistica?

La ricerca di uno statuto epistemologico della comparazione penalistica era ed è questione complicata da molti punti di vista, come vedremo, e non era di troppo aiuto la visione delle modalità con cui altri trattavano il tema della comparazione.

Anzi, per alcuni aspetti questa visione era scoraggiante.

² *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Serie III: *Gli studi*.

In Germania, sulla curiosità intellettuale verso le esperienze straniere che indubbiamente animava alcuni studiosi di vaglia (penso in primo luogo a Hans-Heinrich Jescheck, fondatore e a lungo direttore dell'Istituto Max Planck di Diritto penale straniero e internazionale di Friburgo) tendeva a prevalere un approccio che potremmo definire con una piccola forzatura semantica come colonialistico, nel senso che il vettore della comparazione era essenzialmente dall'interno verso l'esterno, ovvero si puntava, non senza un notevole successo, ad esportare il modello dogmatico e le soluzioni normative tedesche in realtà sociopolitiche vicine e lontane (è il caso di alcuni dei Paesi che avevano fatto parte del blocco sovietico, ma anche di Paesi dell'estremo oriente asiatico).

Con un piccolo tocco di autoironia l'insigne penalista di Monaco Klaus Volk sosteneva che la dogmatica penalistica fosse uno dei migliori prodotti d'esportazione del suo Paese, insieme con la Volkswagen e la Siemens.

In Spagna, almeno nei due decenni successivi alla fine del franchismo, avveniva l'esatto contrario: i penalisti spagnoli, usciti da molti anni di isolamento culturale, trovarono nell'imitazione del modello tedesco, talvolta del tutto pedissequa, una forma di riallineamento alla cultura giuridica europea, sicché la comparazione, almeno nei primi decenni successivi al ritorno alla democrazia, produsse di fatto una acritica importazione di un modello straniero.

In Francia, l'interesse per la comparazione riguardava un nucleo circoscritto di studiosi e talvolta sembrava avere connotazioni più che altro tassonomiche, attraverso l'accumulazione di notizie circa il trattamento legislativo di un certo istituto o di un certo reato in un gran numero di Paesi, ma senza una effettiva elaborazione comparatistica.

Anche con il mondo di *common law*, i rapporti non erano facili, per l'evidente ragione che i modelli avevano presupposti culturali e istituzionali che apparivano molto distanti o addirittura incompatibili, pur se come vedremo tra poco si può dire che tale distanza, a ben vedere, fosse abbastanza sopravvalutata.

Chiusa questa premessa storica, bisogna dire che, nel momento in cui finalmente assume rilevanza anche nell'ambito penalistico, la comparazione giuridica necessita di veder fissati alcuni presupposti epistemologici che passano attraverso la chiarificazione di alcune distinzioni e, se possibile, l'eliminazione di alcuni errori di metodo.

Chiuderò poi il discorso menzionando alcuni fattori di impulso che rendono oggi ancora più attuale ed interessante il ricorso alla comparazione in ambito penale.

4. *Microcomparazione e macrocomparazione*

Dialogando fra studiosi che si occupano di comparazione in vari settori della scienza giuridica, emerge spesso la questione dell'alternativa tra microcomparazione e macrocomparazione, pur se declinata in termini non sempre identici.

Tra i comparatisti in senso stretto, sembra più diffusa una distinzione nel senso di ritenere microcomparazione quella che si riferisce al solo impianto delle norme giuridiche analizzate, e invece macrocomparazione quella che si riferisce al modo di raggruppare i sistemi e all'analisi della mutazione giuridica, mentre direi che tra gli studiosi di diritto positivo che si dedicano nei loro studi, nell'ambito penalistico, anche alla comparazione la prima designa lo studio relativo per esempio di una particolare fattispecie di reato confrontata con le omologhe fattispecie straniere guardando essenzialmente alla configurazione normativa oppure l'indagine su una categoria generale comparata solo in riferimento al dato di diritto positivo, mentre la seconda è quella che a tal fine tiene conto, fra l'altro, dei profili di diritto processuale, della cornice costituzionale o di presupposti extrapenalistici o anche extragiuridici (politici, sociologici) che sono in grado di condizionare quella fattispecie o quella categoria negli ordinamenti confrontati.

Fatta questa precisazione, va detto che sono più frequenti le indagini del primo tipo, anche se sarebbe raccomandabile incoraggiare maggiormente quelle del secondo, per una migliore comprensione dei fenomeni.

Le ragioni non sono difficili da spiegare.

Riguardo ai profili di natura processuale, si può dire che una norma, un concetto, un istituto della parte generale o della parte speciale del diritto penale risulterà appieno comprensibile, all'interno di un discorso comparatistico, solo quando si avranno le idee chiare su questioni come, di volta in volta, i poteri e i doveri del pubblico ministero e i suoi rapporti con il potere esecutivo, i limiti ordinamentali relativi all'acquisizione delle prove, l'estensione dei provvedimenti cautelari, l'esistenza di forme analoghe al patteggiamento del reato e della pena, l'esistenza di istituti sul modello della messa alla prova, e così via.

Occorrerà poi conoscere la cornice costituzionale di principi penali per sapere con esattezza quali sono le direttive interpretative di un istituto o di una norma, dato che di interpretazione teleologica costituzionalmente orientata vive ormai ogni sistema penale moderno fondato sullo stato di diritto.

Nei casi, ormai molto numerosi specialmente nei settori del diritto penale

dell'economia e dell'ambiente, ma non solo, di norme che sono strettamente connesse ad una disciplina extrapenale, il comparatista non può permettersi di non scavare a fondo per comprendere il senso di quelle connessioni.

Infine, non può non far parte dell'indagine comparata il contesto storico-culturale delle norme e degli istituti, perché senza sapere da dove viene una norma o un concetto o un istituto, quali esigenze è stata chiamata a soddisfare, non la si può ricondurre ad una corretta disamina comparatistica.

Altra questione controversa è se possano definirsi studi comparatistici quelli che si limitano a descrivere una situazione di diritto straniero, prescindendo da uno specifico confronto con l'omologa situazione italiana.

I comparatisti in senso stretto tendono a negarlo, essendo più interessati all'aspetto consistente nell'analisi dei modelli e nella costruzione dei sistemi, tuttavia, escluse le pure e semplici notizie di diritto straniero, credo sia opportuno ricordare che, a dispetto del grande e per certi aspetti proficuo sforzo di armonizzazione conseguente all'attività del legislatore europeo e delle corti sovranazionali, in molti settori fondamentali del diritto penale le scelte normative di Paesi anche relativamente omogenei sul piano degli ordinamenti istituzionali possono essere molto diverse, sicché già il lavoro consistente nel portare a conoscenza in modo approfondito complessi normativi stranieri e le loro applicazioni giurisprudenziali e dottrinali è molto difficile e meritorio, e rappresenta pertanto già un contributo significativo, nonché, ovviamente, la base irrinunciabile per confrontare gli assetti normativi.

Devo dire, in sostanza, che diffido molto di più di studi sistematici che vogliono definirsi comparatistici, ma che prescindono da una adeguata ed approfondita conoscenza e analisi delle norme che integrano il sistema.

5. La comparazione e le sue finalità

Occorre poi dedicare un breve spazio al tema degli scopi della comparazione.

Perché si compara? Curiosità intellettuale, necessità di fare bella figura in sede concorsuale, tensione verso la impostazione per modelli della scienza giuridica, importare soluzioni legislative o dogmatiche utili a risolvere problemi della disciplina giuridica interna o conoscerle per poter criticare tale disciplina, creare le basi per una armonizzazione a livello sovranazionale?

In realtà, nessuno di questi fattori è escluso a *priori*, anche se mi pare di poter dire che lo slancio principale che ha avuto da noi lo studio comparatistico, in ambito penale, è stato determinato dall'esigenza spesso avvertita di fondare prospettive di riforma.

Si è andati insomma alla ricerca di una comparazione utile, funzionale a un obiettivo, e non mero esercizio intellettuale.

6. *L'individuazione dei modelli di riferimento*

Infine, per quanto concerne l'inquadramento di fondo dei nostri studi comparatistici, vale la pena soffermarsi sulla loro direzione.

Si può dire che quando all'incirca negli anni Settanta del XX secolo si è cominciata seriamente a intensificare l'attività degli studi comparatistici nell'ambito del diritto penale, il referente privilegiato era l'esperienza della Repubblica federale tedesca, presso la quale, con qualche eccezione, la gran parte degli studiosi della mia generazione (la prima o quasi ad occuparsene in modo intensivo) che hanno avviato studi comparati ha effettuati più o meno lunghi soggiorni di studio, soprattutto a Friburgo, Monaco e Francoforte.

Le eccezioni furono costituite da qualche collega che si era recato o in Francia o in Paesi di *common law*, come Regno Unito e USA.

Le ragioni sono plurime: la prima indubbiamente era la forza di quel modello, accompagnata da una grande tendenza ad esportarlo, non solo in Europa ma anche fuori, erogando molte borse di studio per stranieri; ma la sua forza era anche intrinseca, ed era data da una grande ed affascinante coerenza dogmatica, da robuste basi filosofiche e tutto sommato anche da una certa importabilità di varie soluzioni normative e dogmatiche nel nostro ordinamento (un esempio significativo in tema di teoria della colpevolezza), ad onta della ritrosia di alcuni studiosi che raccomandavano grande cautela nel trasferire da noi i risultati di quell'esperienza, che pure appariva avere successo in patria.

Un'altra ragione è di tipo negativo: vi era cioè una scarsa attrazione verso lo studio dei sistemi di *common law* perché giudicati in larga misura incompatibili con il nostro, e dunque il frutto che se ne poteva ricavare era al più la soddisfazione di una curiosità intellettuale, ma non una qualche utile indicazione di natura pratica.

Inutile dire che se questo valeva per il confronto con Paesi come Regno Unito e USA, a maggior ragione determinava un limitatissimo interesse per

esperienze come per esempio quelle asiatiche o africane, oggetto al più di studi etnografici.

Quanto agli altri Paesi europeo-continentali, in quel momento la gran parte di essi era fortemente influenzata dalla dogmatica tedesca e nei confronti dei Paesi socialisti forse non vi era grande interesse in ragione dell'avvio della loro crisi, che sarebbe sfociata di lì a poco nella fine della guerra fredda.

Successivamente le cose sono un po' cambiate.

Oggi il campo degli interessi è molto più esteso, soprattutto verso il mondo di *common law*, anche in ragione del notevole avvicinamento che si è prodotto con quello di *civil law*, sia sul piano culturale, che su quello strettamente normativo.

Questo fenomeno mostra i suoi segni più evidenti da un lato nel forte processo di statutorizzazione che ha caratterizzato da ultimo anche le realtà più conservatrici del mondo di *common law*, come il Regno Unito, riducendo quasi a una sorta di riserva indiana le parti del diritto penale non regolate legislativamente, dall'altro nell'acquisizione, da parte della scienza giuridica del mondo di *civil law*, della consapevolezza del ruolo della giurisprudenza come qualcosa di diverso da una mera bocca della legge.

Inoltre, negli anni recenti vi sono forti scambi con la Spagna (per i molti presupposti comuni delle due esperienze) ed anche con il mondo latino americano (specie grazie agli studi relativi alla *transitional justice* e alla grande attenzione verso l'Italia di studiosi argentini, brasiliani e cileni), nonché aperture significative verso la Cina³.

7. I nuovi fattori di impulso alla comparazione

Tra i fattori che hanno fortemente alimentato gli studi comparatistici, vi è senza dubbio il processo di unificazione europea, che vi ha attratto anche molti di coloro che in precedenza non vi avevano dedicato particolare attenzione.

La ricerca di un fondamento comune ad una possibile legislazione penale europea (quanto meno a livello settoriale, vedi il caso della tutela degli interessi finanziari dell'Unione) ha indotto ricerche volte a conoscere le legislazioni dei Paesi membri e ad individuare le opportunità di armonizzazione (anche in relazioni ai profili processuali) sia delle categorie di parte generale (tentativo, concorso di persone, per esempio), sia delle

³ Segnalo per esempio l'osservatorio sul diritto penale cinese nella rivista *Diritto penale XXI secolo*.

fattispecie incriminatrici interessate; e d'altro canto, in alcuni settori vi sono recenti riforme in qualche modo dettate dall'Unione (al fine di un contrasto comune e quindi più efficace a determinati fenomeni criminali) e che sono frutto di un adeguamento comparatistico fra vari sistemi.

Bisogna però dire che se indubbiamente ha avuto un ruolo incentivante il processo di unificazione europea, ciò vale almeno allo stesso modo per l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

L'esperienza di quest'ultima ha influenzato in modo particolare lo sviluppo di studi volti a porre a confronto i meccanismi posti a tutela della legalità e in particolare della certezza del diritto, con particolare enfaticizzazione del ruolo della giurisprudenza come delineato in teoria e nella prassi nei sistemi di *common law* e di *civil law*; è sorta in tal modo la consapevolezza di una distanza tra i due modelli molto minore di quanto si era tradizionalmente ritenuto e in questo ambito ha certamente avuto un significato importante il fatto che alcune delle più importanti sentenze della CEDU che hanno inciso a questo riguardo sono state occasionate da vicende giudiziarie concernenti l'Italia (Contrada, De Tommaso).

Un esempio importante e paradigmatico di questa esperienza di studi è la rinnovata riflessione in tema di principio di irretroattività, con particolare riguardo all'efficacia nel tempo delle nuove interpretazioni giurisprudenziali di norme che restano peraltro invariate.

Non è un caso che qualche autore abbia parlato di un inizio di common law-izzazione del nostro diritto penale, anche se non bisogna ignorare il fatto che per esempio nell'esperienza inglese, come già anticipato poc'anzi, hanno avuto e stanno avendo influssi sempre maggiori elementi tratti dal modello continentale, come dimostra la sempre maggiore presenza, anche nel Regno Unito, il Paese più tradizionalista, di norme penali statutorizzate con sostanziale marginalizzazione del vecchio diritto penale di *common law*.

Infine, voglio rimarcare come un impulso alla comparazione sia stato dato anche dall'evoluzione del diritto penale internazionale, specie in relazione alla redazione e all'interpretazione dello Statuto di Roma⁴, dove in più si pone la questione del ruolo della lingua nella comparazione, dato che si tratta di un testo plurilingue.

È noto che le norme dello Statuto sono state in molti casi il frutto di un'intensa opera di armonizzazione fra le disposizioni contenute in varie legislazioni, dunque la loro corretta interpretazione, anche per stessa ammissione delle disposizioni generali in esso contenute, passa necessariamente attraverso un adeguato studio comparato delle discipline

⁴ Statuto di Roma della Corte penale internazionale, concluso a Roma il 17 luglio 1998.

esistenti, a cui è chiamata la Corte ma anche gli studiosi che svolgono ricerche in questa complessa disciplina (paradigmatico in questo senso è l'art. 21 I c, il quale prevede che, in mancanza di altre normative applicabili, si debba fare applicazione dei principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti).

8. A mo' di conclusione

Insomma, credo che si possa concludere che in diritto penale la comparazione non sia più un esercizio interessante o utile, ma sia divenuta un esercizio necessario, che non può essere ignorato a livello di formazione di studenti e dottorandi, a livello di attività dottrinale ed anche a livello di formazione degli attori del processo penale, per l'ottima ragione che, se è vero che le norme giuridiche e la loro interpretazione seguono l'evoluzione del mondo che devono regolare, oggi quel mondo è globalizzato e vive di interrelazioni che mettono in crisi l'idea tradizionale per cui il diritto penale è l'ultimo orgoglioso avamposto della sovranità nazionale.

Questo potrà piacere o no, ma appartiene alla categoria dei dati di fatto, sicché il penalista del XXI secolo, quale che sia il suo ruolo, può comprendere adeguatamente l'oggetto della sua attività scientifica o professionale solo nel momento in cui è consapevole del contesto di riferimento che una comparazione metodologicamente ben costruita è in grado di offrirgli.

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Angelo Dondi

Comparazione oggi.

Brevi (e molto limitate) impressioni dal côté processuale

SOMMARIO: 1. La comparazione nella prospettiva delle riforme – 2. La distinzione tra micro e macrocomparazione come falso problema – 3. Diritto comparato e diritto straniero.

1. *La comparazione nella prospettiva delle riforme*

L'idea di queste poche righe è di far seguito alle suggestioni provenienti dal confronto tra diritti positivi, al contempo tentando di rispondere alle questioni che, quasi in forma di domande, venivano indicate nell'invito a prendervi parte.

In questa prospettiva, appunto di implementazione – quantomeno nelle intenzioni – di un basico dovere professionale di colloquiare e dibattere con altri stimatissimi colleghi riguardo al tema della comparazione in campo giuridico, oggi mi limiterei a segnalare quanto segue, del tutto sinteticamente e per così dire procedendo per punti.

Un primo punto sembra consistere proprio nella questione metodologica. Si tratta di una prospettiva che, se si vuole, in buona sostanza coinvolge e riassume sintetizzandoli anche gli altri aspetti della comparazione in ambito giuridico e che dà sostanza a scelte di campo molto significative in quest'ambito. In fatto di metodologia, o di problemi relativi ai modi della comparazione, mi sembra anzitutto doverosa una segnalazione che molto probabilmente non piacerà ai comparatisti "istituzionali" (e che mi permetterei essenzialmente per via di una perdita di inibizioni tipica dell'età avanzata). Si tratta del resto di una cosa presto detta e che consiste nella circostanza che, almeno nella prospettiva di un assoluto processualcomparatista come il sottoscritto, la comparazione più che un settore del diritto che trova in sé stesso giustificazione costituisce soprattutto – e direi anche essenzialmente – una potente metodologia di ricerca. Per me la comparazione è in altri termini, e all'opposto di qualsiasi "riduzione" del suo valore scientifico e culturale, *il* modo proprio della ricerca in campo giuridico; e in buona sostanza un elemento indispensabile per la sua effettiva

realizzazione.

Tenderei subito a integrare un'affermazione tanto impegnativa dichiarando che, oltre che essenziale, questo *modus* risulta ulteriormente catalogabile come il metodo corretto o proprio della ricerca scientifica in campo giuridico. È chiara in ciò l'assunzione di un approccio assolutamente strumentale; un approccio che nella sostanza attribuisce alla comparazione piuttosto una funzione che un contenuto, proprio e autonomamente apprezzabile.

Altrettanto tempestivamente dovrei anche aggiungere che un tale inquadramento, proprio in ragione di quanto tende a descrivere, non mi appare per nulla riduttivo. E ciò per via dell'indispensabilità che si tenderebbe ad attribuire alla comparazione per l'effettuazione della ricerca giuridica; ossia, più propriamente, in ragione della configurazione della comparazione come una condizione essenziale per finalizzare la ricerca alla riforma, per dirla con Rodolfo Sacco, del diritto "territoriale"¹.

È chiaro che, evocando questa finalizzazione della ricerca, dichiaro qui, e ammetto anche di farlo piuttosto orgogliosamente, la mia derivazione "di scuola". Mi confesso cioè modesto epigono della cosiddetta "scuola di Pavia" di Vittorio Denti e di Michele Taruffo². E in merito al credo scientifico di tale scuola, per quanto probabilmente superfluo, rammenterei anche che – in particolare dalla metà degli anni '60 del Novecento e in contemporanea con quella di Firenze derivante da Cappelletti – essa è stata la sola a ispirare lo studio del diritto processuale civile alla «prospettiva delle riforme»; come appunto secondo la definizione di Vittorio Denti³. Si è trattato per certo di un'esperienza tanto esaltante quanto *demanding*; e ciò sotto vari profili, ma soprattutto in termini di aspirazione a realizzare ricerche molto culturalmente fondate e in termini di accettazione di relazioni spesso decisamente turbolente con il resto dell'accademia processualistica e non solo processualistica.

E, in merito all'elaborazione culturale riferibile a tale scuola ed esperienza culturale, occorre anche dire che non è certo di minor significato una scelta

¹ Nel complesso per un rinvio ampio a questo genere di questioni, ad es. M. TARUFFO, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna 2002, *passim*; sempre all'interno di una vasta produzione su questi temi ID., *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura*, Seibundo, Tokyo 1996, p. 623 ss.

² Come esplicita anche in maniera piuttosto inequivocabile il mio A. DONDI, *Taruffo comparatista - Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 485 ss.

³ A. DONDI, *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, in *Justicia*, 2018, p. 39 ss.

di fondo in merito al dibattito sulla natura e il ruolo della comparazione. Una scelta che, come noto, segna un significativo distacco rispetto alla prevalente impostazione dei “comparatisti istituzionali” a questo stesso riguardo. Ciò impone di rinviare all’arco di tempo nel quale si sono dipanate queste esperienze e le relative contrapposizioni, in effetti per lo più risalenti agli anni ’70, ’80 e ’90 del secolo scorso. Come credo, ormai solo pochi signori piuttosto *agé* ricorderanno, risale infatti a quel periodo appunto il *clash* fra la prospettiva delle riforme di Vittorio Denti (con al suo interno l’attribuzione alla comparazione di una configurazione eminentemente funzionale a tale prospettiva) e quella per così dire “pan-comparatistica” (e per ciò stesso capace di trovare al suo interno una giustificazione del proprio *ubi consistam*) di Rodolfo Sacco⁴. In effetti, e *pour cause*, questa contrapposizione fra immensi giuristi – e grandi amici che per certo si rispettavano – emerge costantemente nel dibattito di quel periodo; come peraltro registrano le loro rispettive prese di posizione, rintracciabili negli atti dei congressi allargati di quegli anni⁵.

2. La distinzione tra micro e macrocomparazione come falso problema

È in coerenza con questa mia appartenenza di scuola, e – si ribadisce – dalla considerazione del percorso comparatistico come strumento essenziale di indagini mirate appunto alla realizzazione di serie riforme del processo, che tenterei di rispondere alle altre questioni suggerite per questo confronto tra discipline. Ciò facendo, temo sia anche probabile che potrò suonare piuttosto *tranchant*; circostanza della quale spero che tutti vogliano o possano di scusarmi in anticipo.

Temo in particolare possa essere così per quanto concerne la questione, segnalata appunto fra i temi di discussione, della giustapposizione o alternativa virtuale fra microcomparazione e macrocomparazione⁶. Per

⁴ Per un’illustrazione della peraltro grande qualità dell’approccio sacchiano, si veda il complesso di opere come R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *39 Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 84 ss.; R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, 4. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino, 2018, p. 2 ss.; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, Voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Utet, Torino 1988, p. 48 ss.

⁵ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (a cura di), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, p. 212 ss.

⁶ In tema, ad es. S. CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accerta-*

quanto mi concerne, infatti, tenderei a risolvere *d'emblée* tale questione in una non-questione, per sostituirla *tout court* con il problema della qualità o serietà (e, per converso, della scarsa o mancata qualità e serietà) delle nostre indagini implicanti attività di comparazione. In qualche misura conseguentemente, piuttosto che sull'estensione del raffronto comparatistico (dai singoli aspetti di un ordinamento straniero all'intero ordinamento o al raffronto fra ordinamenti), a mio sommo parere l'attenzione dovrebbe essere rivolta all'affidabilità delle ricerche comparatistiche.

Certo, ciò implicherebbe attenzione ad alcune esigenze o parametri di fondo. Un'attenzione, per un verso, da concentrare in particolare sugli *standard* qualitativi di tali ricerche, sondandone il livello di effettivo approfondimento dei problemi della giustizia civile o del diritto processuale di altri ordinamenti. Ma, per altro verso, altrettanto essenziale sarebbe anche collegare tale attenzione a quella che tenderei *faute de mieux* a definire come la loro utilità culturale come strumenti di sollecitazione del dibattito riguardo alla trasformazione del nostro modello processuale sulla base della valutazione critica di analoghe esperienze straniere⁷.

Passando a ipotizzare *standard* di virtuale maggiore adeguatezza dell'indagine comparatistica, oserei anche aggiungere che, con l'approfondimento sopraindicato, essa dovrebbe concernere in linea tendenziale soprattutto il diritto positivo nonché la sua applicazione pratica, per lo più in sede giurisprudenziale. Una prospettiva che, ovviamente, non dovrebbe tuttavia prescindere dalla considerazione altrettanto approfondita del dibattito in sede dottrinale; e ciò avendo particolare attenzione agli approcci più anomali e alla prospettazione di trasformazioni anche profonde dei modelli processuali di riferimento. Su questa linea, a mio parere l'attenzione dovrebbe per quanto possibile rivolgersi anche a quella che si potrebbe definire la "cultura circostante"; a intendere, le varie configurazioni del dibattito non accademico riguardo alle istanze concernenti le nuove configurazioni oggi assunte da quelli che venivano catalogati alcuni decenni fa come "nuovi diritti" (al fine – mi rendo conto della banalità dell'aggiunta – del miglioramento della loro tutela)⁸.

Una volta realizzato il percorso di indagine secondo queste modalità, non esisterebbe alcuna obiezione verso eventuali raffronti estesi fra modelli. È – mi rendo conto di banalizzare e di evocare anche qui un tema troppo

mento della verità, in AA.VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Giuffrè, Milano 2009, p. 102 ss.

⁷ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1437 ss.

⁸ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2009, p. 63 ss.

ricorrente – tuttavia opportuno a mio parere che ciò si realizzi non attraverso il recupero della giustapposizione sistematica fra *civil* e *common law*, ma attraverso la storicizzazione e la messa in discussione di questi parametri decisamente appartenenti alle certezze sistematiche del Novecento⁹.

Per fare un esempio molto *osé*, visto che evidentemente mi coinvolge personalmente, riuscita o non questa è la prospettiva che ho tentato di adottare nello scrivere insieme a Vincenzo Ansanelli e a Paolo Comoglio una sorta di manuale di diritto processuale comparato¹⁰. Qui, come altri ha rilevato proprio con riguardo a questo manuale, è all'interno di un tentativo di analisi di alcuni aspetti specifici del processo al raffronto fra vari ordinamenti che si è osata qualche considerazione di carattere più generale¹¹. Ma mi preme subito affermare che qui il raffronto della “qualità” relativa di un modello processuale rispetto a un altro o ad altri modelli processuali è stato del tutto occasionale, tenuto conto dei caratteri della nostra contemporaneità segnata da incertezza diffusa, da pervasive complessità e da ricorrenti rotture degli schemi tradizionali¹².

3. *Diritto comparato e dritto straniero*

Dico ciò anche per collegarmi a una questione in qualche misura *côtôyé* nelle cose dette in precedenza; ossia quella della qualità della ricerca comparatistica. Una questione che mi appare di tale rilevanza da superare o forse rendere inutile l'attenzione ad altri argomenti in tema di comparazione. Oserei ribadirne l'importanza proprio per chiudere il mio intervento collegandola alla giustapposizione, che sembra contenuta nella proposta di argomenti da discutere, fra due “generi scientifico-giuridici” quali quello

⁹ G. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, 39 *Cornell Int. L. J.*, 2006, p. 59 ss. Sempre sulla crisi dei modelli tradizionali, si rinvia all'introduzione del saggio di M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali del processo civile di Civil law e di Common Law*, in *Rev. Fac. Dir. UFPR*, 2001, p. 27 ss.

¹⁰ A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, 2. ed., Giuffrè, Milano 2018.

¹¹ Si v. sul punto la recensione di N. TROCKER a A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1409 ss.

¹² A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in Id. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 3 ss.

degli studi di diritto comparato e degli studi di diritto straniero¹³.

Tali generi vengono *supposedly* visti qui come intrinsecamente contrapposti, e in questa contrapposizione sembra riscontrabile il riconoscimento di una diversità qualitativa all'interno della quale agli studi di diritto straniero spetterebbe una sorta di catalogazione di genere minore¹⁴. Al riguardo avanzo solo un rilievo di valore, se si vuole, pratico. Un ottimo studio di diritto processuale straniero, che realizzi un'analisi molto approfondita di aspetti cruciali di un altro diritto processuale è a mio modesto parere da considerarsi migliore (*alias* preferibile sotto ogni profilo, in quanto fondato e scientificamente utile) di un raffronto banale fra il nostro diritto e un diritto processuale straniero considerato molto superficialmente e con riferimento ad aspetti marginali¹⁵.

E lo è anche nonostante le nuove consuetudini della nostra produzione accademica; ove oggi è diventata prassi abituale e quasi obbligo ciò che era sommamente criticato e considerato improprio – per il mero fatto di essere raffronto comparatistico – solo alcuni anni fa. Mi riferisco alla realizzazione, prevista come ormai indispensabile, di “necessari raffronti di diritto straniero”; necessari nel senso che non possono mancare in una monografia da concorso che si rispetti, non importa se seriamente realizzati e approfonditamente documentati e non importa se messi lì sostanzialmente solo *ad pompam*¹⁶. Ma tant'è.

Del resto, proprio a questo proposito tanto vale che, ormai protetto dall'età, mi autoaccusi qui davanti a voi cari colleghi. La mia prima monografia, intitolata «Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile» e risalente al 1985, in fondo altro non è che uno studio di diritto straniero, in quanto a parte i richiami tedeschi e francesi nel capitolo iniziale, altro non facevo che analizzare il *discovery* del processo federale statunitense. Ciò, se valesse la *deminutio* che forse si tende a riproporre, spiegherebbe la sfortuna di questo libro nel nostro Paese. Magari ciò non spiegherebbe, ma la cosa in prospettiva italiana non avrebbe alcun rilievo,

¹³ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 6. ed., Giappichelli, Torino 2018, p. 9 ss.

¹⁴ In questo senso appare interessante, per quanto non centrato specificamente sul tema, l'approccio dubitativo circa le delimitazioni di area presente in R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Di comparazione giuridica, competitività degli ordinamenti e identità sociale*, in *Foro it.*, V, 2012, p. 314 ss., spec. p. 317.

¹⁵ V. ANSANELLI, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 713 ss.

¹⁶ A. DONDI, *Rapidi e impressionistici cenni sulla metodologia della ricerca in campo giuridico*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2019, p. 76 ss.

gli strani apprezzamenti invece attribuiti a questo lavoro da in fondo non del tutto disprezzabili studiosi stranieri¹⁷.

Su questa linea, e davvero *ad abundantiam*, andrebbe collocato come appartenente a un genere minore in questo forse troppo tranquillizzante quadro distintivo, anche un libro fondamentale di Michele Taruffo come «Il processo civile *adversary* nell'esperienza americana» del 1979¹⁸. Certo, davvero, questo sarebbe un po' troppo *far fetched*; ma forse potrebbe bastare a dimostrare l'assunto per cui la qualità è ciò a cui dobbiamo aspirare ritrovandola nelle cose piuttosto che nei generi.

¹⁷ M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven 1986, nella traduzione italiana a cura di A. GIUSSANI e F. ROTA, *I volti della giustizia e del potere – Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna 1991, p. 227, n. 65.

¹⁸ M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Cedam, Padova 1979. Al riguardo, si v. anche A. DONDI, *Taruffo comparatista - Uno sguardo originale ai problemi del processo civile*, cit.

Luca Passanante

*I metodi del diritto processuale civile:
tra diritto positivo e comparazione*

SOMMARIO: 1. Carattere sovversivo della comparazione e diritto processuale civile – 2. Difficile, ma non impossibile: il proliferare della microcomparazione – 3. Le due “anime” del processualcivilista – 4. Diritto processuale civile straniero e comparato – 5. Gli ordinamenti più frequentati: Germania e USA – 6. Importazione di modelli stranieri e critica delle ortodossie prevalenti – 7. Comparazione e processo civile: unificare, dividere, uniformare – 8. Legislazione europea e processo civile – 9. Quasi una conclusione: i metodi del diritto processuale civile.

1. Carattere sovversivo della comparazione e diritto processuale civile

L'indole sovversiva è uno dei caratteri più affascinanti del diritto comparato¹, che al contempo lo identifica, distinguendolo dalle altre branche del diritto (o almeno così parrebbe essere fino a tempi molto recenti), e lo legittima con forza, cioè in altri termini, lo autolegittima.

Esiste, com'è a tutti noto, una sorta di idiosincrasia tra comparazione e diritto positivo, o, meglio, tra comparazione e positivismo giuridico, sia esso un positivismo legislativo o un positivismo dottrinale. Si potrà affermare che si tratta di un'idiosincrasia non assoluta, ma solo tendenziale. Resta il fatto che, se il diritto comparato non si contrappone in termini assoluti al diritto positivo, dato che, prima o poi, deve averci in qualche modo a che fare, esso, per converso, si contrappone al positivismo giuridico, ossia a quell'atteggiamento giusfilosofico, che presta ossequio al dogma dell'unicità della regola di diritto (che fu proprio Sacco a scardinare mediante l'introduzione del concetto di “formante”) e studia il diritto collocandosi necessariamente da un punto di vista interno allo stesso.

Essere convinti positivisti, oggi, da studiosi, significa negare una verità

¹ G. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in 46 *Am. J. Comp. Law*, 1998, p. 683 ss.; H. MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit compare*, in *Rev. int. droit comp.*, 2000, p. 503 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 3 ss.

incontestabile: e cioè che il diritto è una scienza e una pratica sociale². Significa, in altre parole, disconoscere al contempo che non è più solo la legge a partecipare al processo di creazione del diritto e che l'ordinamento giuridico non può essere considerato una variabile indipendente dal contesto sociale, culturale, economico, religioso in cui si colloca.

Dell'antagonismo tra atteggiamento positivista e diritto comparato oggi molti comparatisti hanno preso coscienza. Molti, ma non tutti: alcuni – anche illustri o illustrissimi – studiosi di diritto comparato, infatti, hanno lavorato o lavorano al servizio di questo o di quel progetto positivista, ritenendo, così, forse di dare una piena legittimazione al proprio (per la verità non sempre facile) ruolo.

In questo contesto, qui richiamato giocoforza per rapidi e insufficienti cenni, il diritto processuale si distingue per due caratteristiche peculiari rispetto al diritto sostanziale:

- a) *per un verso, quantomeno negli ordinamenti di civil law, esso tende ad essere un diritto “servente”³;*
- b) *per altro verso, ed in parte in conseguenza di ciò, esso invoca, ancor più che il diritto sostanziale, il rispetto del principio di legalità⁴.*

Dire che il diritto processuale è un diritto “servente” non significa affatto sminuirne l'importanza, al contrario: se il processo è lo strumento che l'ordinamento predispone per la tutela dei diritti e degli interessi riconosciuti dal diritto sostanziale, senza di esso le norme del diritto sostanziale non avrebbero possibilità di tradursi in beni della vita, se non in virtù della benevola (o opportunistica) collaborazione dell'altra parte. Sicché il processo (civile) per il solo fatto di esistere, spesso senza bisogno che sia celebrato, fa sì che le norme giuridiche funzionino in concreto (anche se, naturalmente, possono essere molti altri e diversi dal timore di subire un processo i motivi che inducono un certo soggetto ad adempiere, piuttosto

² F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano 1990, *passim*.

³ Ne costituisce conferma il carattere strumentale del diritto processuale di cui avverte la miglior manualistica: cfr., fra gli altri, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 10. ed., I, Giuffrè-Francis Le Febvre, Milano 2019, p. 3 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 27. ed., I, Giappichelli, Torino 2019, p. 4 ss.; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, BUP, Bologna 2018, p. 60 s.

⁴ Si v., in argomento, A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 101 ss.; G.F. PRIORI POSADA, *El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantías procesal y su rediseño en el Estado constitucional*, in ID., *Las garantías del justo proceso*, Palestra, Lima 2013, p. 585 ss., se si vuole, L. PASSANANTE, *Giusto processo e principio di legalità nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, I, Esi, Napoli 2020, p. 245 ss.

che a rendersi inadempiente).

Il carattere strumentale del diritto processuale civile parrebbe emanciparlo dai giudizi di valore che sogliono, invece, esprimersi in ordine alle norme di diritto sostanziale, ingenerando la convinzione che sulle prime sia possibile svolgere solo un giudizio di tipo tecnico. Mentre si può dire se sia giusta o meno una regola che consente o non consente l'annullamento del contratto per errore determinante del consenso, può dirsi davvero se sia giusta o meno una norma che prevede che il processo vada introdotto con citazione o con ricorso? Che il termine per la costituzione dell'attore sia di 10 o di 20 giorni? E via elencando.

Non solo: oggi è la stessa Costituzione a prescrivere che la giurisdizione si attui mediante il giusto processo regolato dalla legge, così tracciando una connessione forte tra giustizia del (le regole del) processo e loro predeterminazione per legge, tanto da far sostenere a parte della dottrina che quei riti, le cui forme e termini non sono predeterminati dalla legge, siano costituzionalmente illegittimi⁵.

I giudizi di valore sulle regole del processo (o, almeno, su una parte di esse), in altre parole, dovrebbero – in questa prospettiva – esprimersi in una dimensione assai meno complessa, che si riduce in termini di maggiore o minore efficienza, di maggiore o minore idoneità di una certa regola processuale a dare tutela alle posizioni giuridiche soggettive in gioco⁶. Potrebbero, allora, essere gli indicatori del grado di efficienza (peraltro computata secondo criteri decisi da soggetti a cui si suole, più o meno legittimamente, attribuire una posizione di supremazia all'interno di

⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, *Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena*, in AA.VV., *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 2003, p. 167 ss., nonché L. LANFRANCHI, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Giappichelli, Torino 2001, p. 40 ss.; ID., voce *Giusto processo. I) Processo civile*, in *Enc. giur.*, XV, p. 1 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari tra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in L. LANFRANCHI, A. CARRATTA (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Giappichelli, Torino 2005, p. 67 ss. ID., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II.1, Giuffrè, Milano 2008, p. 877 ss., spec. p. 879 ss.; ID., *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli 2012, p. 1 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Franco Angeli, Milano 2001, p. 255 ss.; M. BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, *Riv. dir. proc.*, 2002, II, p. 479 ss. e spec. pp. 490 s. e 497, nonché, più di recente, ID., *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, I, p. 55 ss., spec. p. 91 ss.

⁶ Si è parlato, a tal proposito, di norme schiettamente, nudamente, procedurali non innervate da valori: v. C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 2012, IV, p. 3166 ss.

contesti istituzionali sovranazionali: si pensi, ad es., al rapporto periodico *Doing Business* della Banca Mondiale) a dire se una certa regola processuale sia meglio di un'altra⁷.

Ma anche questa prospettiva rischia di rivelarsi ingenua, poiché il funzionamento della giustizia civile dipende da così tanti fattori, da rendere velleitaria ogni riforma che intenda incidere solo sulle regole del processo: per fare solo alcuni esempi i profili istituzionali, concernenti il numero, i compiti dei magistrati, l'organizzazione degli uffici, la disciplina dei concorsi interni e dei passaggi di carriera, i criteri di merito per la valutazione della produttività ecc., sono probabilmente molto più importanti che il cambiamento di singole norme processuali.

Il carattere servente e strumentale del diritto processuale civile, nonché l'idea che debba essere la legge (e, secondo alcuni, solo la legge) a dire quali siano le regole del processo, rendono assai difficile il compito del processualcomparatista.

2. *Difficile, ma non impossibile: il proliferare della microcomparazione*

È raro oggi sfogliare l'indice di una monografia di diritto processuale civile, senza imbattersi in riferimenti di carattere comparatistico. Ma è altrettanto raro che si possano leggere analisi comparatistiche di notevole pregio, cioè a vocazione sistemologica, aperte al confronto non solo fra regole, ma fra culture, impegnate in ricostruzioni diacroniche e sistematiche e non già limitate alla ricerca di analogie e differenze tra singoli istituti. Oltre al fatto che chi scrive non ritiene di averne titolo, sarebbe certamente inelegante compilare elenchi. Appare, invece, più utile comprendere le ragioni di un simile diffuso atteggiamento.

Queste ragioni, a mio avviso, possono essere almeno di due ordini: da un lato esse sono già state in parte anticipate nel paragrafo che precede e hanno a che vedere con la tendenza dei processualisti a prediligere un approccio positivisticò; dall'altro lato le ragioni appaiono essere più banalmente (*lato sensu*) "economiche".

La radicata convinzione che il diritto processuale sia soggetto a giudizi prevalentemente (o esclusivamente) tecnici e l'indubbia importanza che i processualcivili di regola attribuiscono alla dimensione positiva, quale

⁷ Critico sul punto R. CAPONI, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10-16.

baluardo (più o meno affidabile) di certezza nelle regole che governano il processo per la tutela dei diritti, costituiscono elementi che spingono verso la micro-comparazione. Se, infatti, si ritiene che l'approccio debba essere eminentemente tecnico e che la certezza sia più importante della bontà delle regole, la tentazione di non uscire dai tradizionali approcci ortodossi finisce col prevalere sulla curiosità di affidarsi a percorsi eccentrici di esplorazione della materia.

E, allora, a che cosa si riduce talvolta la comparazione nel diritto processuale civile? Alla individuazione, nel diritto straniero, di istituti più o meno omologhi a quelli presenti nel nostro ordinamento, rispetto ai quali registrare differenze e analogie.

Vediamo ora di approfondire i due profili a cui abbiamo fatto cenno.

Anzitutto si deve rilevare che, a dispetto di una diffusa opinione, non è affatto vero che il diritto processuale possa essere considerato neutrale, sotto vari profili⁸: esso non può senz'altro ritenersi una mera tecnica, inidonea ad esprimere opzioni ideologiche o assiologiche. Credo che lo abbia dimostrato in maniera difficilmente eguagliabile Mirijan Damaška, attraverso una delle analisi comparatistiche più affascinanti e complesse del processo civile⁹, che non a caso chiama in causa direttamente i due concetti di giustizia e potere, assegnando alla matrice ideologica un ruolo cruciale nell'orientare la formulazione delle norme di diritto processuale – ad esempio – nella direzione dell'attuazione di scelte politiche o nella direzione della risoluzione dei conflitti. Ma anche i dibattiti più accesi, svoltisi entro e al di fuori dei confini nazionali, sono stati dibattiti ad un elevato contenuto ideologico¹⁰. E, a ben vedere, non è nemmeno vero che le regole di diritto processuale

⁸ Per una critica alla presunta neutralità delle forme del processo v., ad esempio, al di fuori della letteratura processualciviltistica, G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, p. 2281.

⁹ Mi riferisco evidentemente a M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven 1986 (trad.it. a cura di A. Giussani e F. Rota, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna 1991).

¹⁰ Si vedano, per un esempio: M. TARUFFO, *La semplice verità*, Laterza, Roma, Bari 2002, *passim*; B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, I, p. 1 ss.; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, V, p. 995 ss.; L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, p. 108 ss.; L.P. COMOGLIO, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice, in *Riv. dir. proc.*, 2015, I, p. 131 ss.; G. MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e «neoliberisti»*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, I, p. 273 ss.

non possano essere considerate più o meno giuste, sulla base di criteri extragiuridici: termini di difesa eccessivamente ristretti per il convenuto o oneri (ad esempio probatori) particolarmente gravosi per la parte che voglia far valere un diritto rappresentano regole sulle quali può certamente esprimersi un giudizio di giustizia/ingiustizia.

Non pare, dunque, che si possa davvero considerare il diritto processuale una mera tecnica¹¹. Sicché, sotto questo profilo, appare molto utile l'insegnamento della comparazione che raccomanda di collocarsi, per affrontare l'analisi giuridica, in un punto di vista esterno al diritto.

Per converso, la fedeltà del processualista agli schemi del positivismo esprime un'istanza – sancita (anche) dall'art. 111, comma 7, Cost. – di certezza delle regole, che rappresenta una legittima reazione a fronte di interpretazioni troppo spesso nuove e diverse che vengono attribuite, anche in limiti spazio-temporali ristretti, alla stessa disposizione.

La seconda ragione che spinge alla microcomparazione con difficoltà di emancipazione dai modelli positivistici è di natura – abbiamo detto – *lato sensu* economica. Comparare in termini differenti da quelli confinati alla dimensione dei micro problemi ha costi molto elevati: da un lato si tratta di un'attività intellettuale che richiede molta fatica e presuppone lo studio approfondito della cultura, della società, dell'economia, della storia, perfino della religione dei sistemi a cui ci si accosta; dall'altro lato, aprire ad una comparazione di tipo “macro” comporta molti più rischi di quelli che si assumono proponendo lavori in cui si procede secondo il metodo della microcomparazione, semplicemente dando conto delle analogie e delle differenze tra istituti. Le analisi di sistema sono, infatti, molto più impegnative e “rischiose” di quelle limitate a segmenti più o meno estesi di questo o di quell'ordinamento.

3. *Le due “anime” del processualcivilista*

Molti cultori del diritto processuale civile sono – com'è naturale che sia – anche avvocati o giudici, ossia dei pratici. Così è stato anche per importanti processualisti del passato, come Calamandrei e Carnelutti, che sono stati grandi avvocati o come Mortara, che è stato magistrato e presidente della Corte di Cassazione di Roma.

¹¹ In tal senso, cfr. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Giappichelli, Torino 2004, *passim*.

Questa “doppia anima”, che convive nella maggior parte dei processualisti, (sovente, ma non necessariamente, in consonanza con le scelte professionali) spiega, ad avviso di chi scrive, la ragione per cui nella processualciviltistica domini un “punto di vista interno”, che tende a restringere la materia entro i propri stessi confini. La ragion pratica, associata all’esercizio delle professioni del giudice o dell’avvocato, infatti, spinge nella direzione della ricerca di scelte certe e affidabili, alimenta uno spirito maggiormente conservativo e non di rado induce ad uno studio della materia non solo messo al riparo (almeno) dal confronto con altri ordinamenti, ma addirittura anche isolato da altre discipline, perfino giuridiche.

Uno dei meriti indiscussi della miglior comparazione consiste proprio nell’incentivare la predilezione di un punto di vista che, come si è accennato, è stato detto «esterno»¹². Esterno sotto vari profili: non solo perché fuori dai confini nazionali, ma anche perché fuori dalla materia. Così, in parallelo, l’insegnamento dei maggiori processualcomparatisti del passato – si pensi, ad esempio, a Denti e a Cappelletti – o del presente ha promosso un confronto continuo con la storia, la cultura, la religione, la società, le istituzioni in cui vivevano determinate regole del diritto processuale civile. E, soprattutto, promuoveva uno studio delle regole del processo “dall’esterno”, appunto. Oggi sovente gli studiosi del diritto processuale civile trascurano non solo di coltivare punti di vista esterni, che prendano le mosse dalla storia, dalla cultura e dalla società, ma perfino trascurano – naturalmente con dovute e importanti eccezioni – lo studio delle stesse istituzioni: ne è un esempio lampante il divorzio, sul piano della didattica, ma con strascichi importanti sulle abitudini della ricerca, del diritto processuale civile dall’ordinamento giudiziario, che oggi è insegnato in una dozzina di facoltà in tutta Italia¹³.

Lo studio del processo civile, al contrario, dovrebbe prendere le mosse anzitutto dallo studio delle istituzioni, meglio ancora se dallo studio della storia delle istituzioni. Pensiamo, per fare solo qualche esempio, all’importanza fondamentale delle garanzie dell’autonomia e dell’indipendenza della magistratura, al principio (accolto solo in via tendenziale: quindi con modalità fortemente contraddittorie nella nostra Carta costituzionale) dell’unicità della giurisdizione, al ruolo cruciale che hanno nella prospettiva della giustizia (e non solo del processo) civile istituti come il patrocinio a spese dello Stato o i metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Alcuni di questi temi sono stati pregevolmente inclusi

¹² In argomento v. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit. p. 21 ss.

¹³ Cfr., su questo divorzio, la ricostruzione storica e le osservazioni critiche di F. CIPRIANI, *Per lo studio dell’ordinamento giudiziario*, in ID., *Materiali per lo studio dell’ordinamento giudiziario*, ESI, Napoli 2001, p. 5 ss.

anche nelle trattazioni manualistiche, il che mostra come la materia del diritto processuale civile tenda ad aprirsi all'approccio istituzionale e di sistema, tentando in certa misura di superare un'autoreferenzialità di cui sono stati grandi nemici (o, almeno, hanno cercato di esserlo) soprattutto i processualcomparatisti.

Ugualmente, troppo sovente trascurata risulta la dimensione evolutiva: i riferimenti comparatistici nelle opere anche di maggior respiro teorico sono quasi sempre appiattiti sull'oggi e raramente colgono la più complessa (e faticosa) traccia dell'evoluzione (o dell'involuzione) del processo civile nei vari sistemi¹⁴. Anche qui basti solo un esempio: chi guarda il processo civile inglese oggi, ignorando quali siano stati i percorsi che lo hanno portato alla disciplina attuale, difficilmente potrà capire qualcosa di quel modello di processo e ancor meno di quel sistema di giustizia civile.

L'importanza pratica del rispetto del principio di legalità, che promuove un approccio teorico di stampo positivista, è evidentemente legata all'intento di impedire che le regole del gioco possano cambiare in corso d'opera, ossia che interpretazioni fortemente innovative (non importa quanto condivisibili nel merito) di norme processuali dal significato consolidato possano determinare la soccombenza di una parte, che aveva fatto affidamento sulla norma così come applicata nella tradizione. Non è – questo – un male immaginario: sono noti nella pratica casi in cui la variazione (o addirittura: l'inversione) di una regola del processo per mano della giurisprudenza ha provocato un pregiudizio a danno di una parte nell'esercizio effettivo dei propri diritti processuali, mettendo a repentaglio il (super-) diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Tant'è vero che la giurisprudenza, per contrastare i danni prodotti dalla violenza di taluni inaspettati interventi giurisprudenziali, è stata costretta a recuperare, proprio dal diritto straniero, il concetto di *prospective overruling*, facendone, peraltro, un utilizzo improprio e tentandone un adattamento alla nostra tradizione¹⁵.

Queste ed altre istanze, dettate dalla ragion pratica, impegnano sovente la dottrina in un lavoro (forse potremmo dire, con un briciolo di irriverenza, in un lavorio) che per forza di cose si giova di una prospettiva interna non

¹⁴ Nel panorama della letteratura in lingua italiana, costituisce un'eccezione A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, 2. ed., Giuffrè, Milano 2018, *passim*.

¹⁵ Si v., se si vuole, anche per vari richiami alla giurisprudenza e alla dottrina, il capitolo *Mutamenti di giurisprudenza e diritto processuale: il «prospective overruling»* in L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino 2018, p. 273 ss.

solo al diritto, ma perfino interna allo stesso diritto processuale civile, toccando, talvolta, punte davvero eccessive di autoreferenzialità.

Tutto perduto? Direi proprio di no: a mio avviso il diritto processuale è pronto ad accogliere anche studi “di rottura”, meno ossequiosi rispetto alle ortodossie prevalenti.

4. *Diritto processuale civile straniero e comparato*

Nella processualciviltistica pare doversi registrare la permanenza della distinzione tra diritto straniero e diritto comparato: mentre appartengono al primo i contributi che tendono a descrivere un istituto, una riforma o un sistema di diritto processuale civile di un diverso ordinamento, si fanno normalmente rientrare tra gli studi di diritto comparato quelli che propongono un confronto tra istituti processuali di due o più ordinamenti, preferibilmente con la realtà del processo civile italiano. Ne è testimonianza, ad esempio, il permanere, nelle due riviste storiche del diritto processuale civile – la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* e la *Rivista di diritto processuale* –, di una sezione dedicata, appunto, rispettivamente ai “Saggi di diritto comparato e straniero” e al “Diritto processuale straniero e comparato”.

Si tratta di una distinzione che in una certa misura ha contribuito a scoraggiare lavori meramente descrittivi del diritto processuale civile straniero e ciò forse è un bene, posto che la comparazione è certamente qualcosa di (quantitativamente e qualitativamente di più e di) diverso da una mera descrizione di un diritto straniero. È altrettanto vero, però, che descrivere un diritto straniero con gli occhi di chi sta altrove è già comparazione. E di ciò spesso non si è tenuto, ingenerosamente, conto.

In generale, la disciplina del diritto processuale civile è stata poco incline ad incoraggiare la comparazione: vorrei dire che forse si è trattato anche di un atteggiamento difensivo. Tuttavia, oggi le cose appaiono sensibilmente cambiate e il diritto processuale civile è certamente assai più aperto alla comparazione che in passato. Anzi, consultando gli elenchi della *International Association of Procedural Law* (IAPL), si scopre un dato interessante: e cioè che i soci italiani sono molto più numerosi della media dei soci provenienti da altre nazioni.

Certamente i migliori studi di diritto processuale civile comparato vanno oltre la rassegna di descrizioni di istituti stranieri e si spingono ad indagini

di carattere trasversale, indagini condotte per problemi o per gruppi di problemi, anziché per istituti o per concetti. Studi di questo genere, però, costituiscono ancora una minoranza, mentre i più numerosi tendono a presentare le regole del diritto straniero su specifici istituti.

5. *Gli ordinamenti più frequentati: Germania e USA*

I processualciviliisti impegnati nella comparazione senz'altro hanno privilegiato lo studio di alcuni ordinamenti a scapito di altri. È possibile individuare due grandi filoni: un primo filone, che ha prestato maggior attenzione all'ordinamento tedesco, giovandosi soprattutto dei grandi insegnamenti della dogmatica; un secondo, che ha studiato soprattutto l'ordinamento statunitense, proponendo un confronto con quell'*adversary system* che è da sempre parso così lontano dal modo continentale (e italiano) di intendere il processo civile, il ruolo del giudice, quello delle parti, le prove, i mezzi di impugnazione, il ruolo delle corti di vertice e del precedente.

Tradizionalmente, quindi, hanno svolto un ruolo egemone, attraendo le maggiori attenzioni dei processualisti, proprio quegli ordinamenti più lontani dal modello italiano, ispirato prevalentemente alla Francia, un ordinamento che ha esercitato – se escludiamo l'attrazione per l'istituto dell'*astreinte* e poco altro – un *appeal* culturale nel complesso piuttosto debole per i processualcomparatisti.

L'attenzione per il diritto processuale civile tedesco pare in qualche modo legato al tradizionale riconoscimento (più o meno giustificato e fondato, rispetto al diritto processuale) della superiorità della dogmatica tedesca rispetto a quella italiana. L'attenzione per la giustizia civile statunitense ha, invece, certamente le sue ragioni nella profonda diversità di quel modello dal nostro, ma anche la riconosciuta superiorità economica di quel contesto può aver costituito un fattore, se non determinante, certo concorrente nel catalizzare le attenzioni degli studiosi del processo.

Più recentemente, però, è stato l'interesse per le riforme a farla – per così dire – “da padrone”: le due più grandi riforme del diritto processuale civile dell'ultimo ventennio (quella inglese del 1998 e quella spagnola del 2000) sono state oggetto di vari studi della dottrina, la quale ha – un po' insolitamente – rivolto lo sguardo anche verso l'America latina, un'area normalmente considerata periferica, ove sono stati introdotti nuovi codici in diversi Paesi: penso, ad esempio, al Brasile, all'Equador, alla Colombia e

alle gestazioni dei codici di procedura civile di Perù e Argentina.

Il fatto è che lo stato gravissimo di inefficienza in cui versa la giustizia civile in Italia ha scatenato una sorta di “caccia” alla riforma migliore, una caccia molto pericolosa, in quanto idonea a dare potenzialmente la stura ad un provincialismo, che tende a far apparire come più desiderabile tutto ciò che proviene da ordinamenti più efficienti del nostro (cioè quasi tutti).

6. Importazione di modelli stranieri e critica delle ortodossie prevalenti

Anche nell’ambito del diritto processuale civile, si compara certamente per importare modelli o istituti. Alcuni esempi concreti sono dati da: i filtri applicati ai mezzi d’impugnazione¹⁶, i mezzi di coercizione indiretta per l’esecuzione degli obblighi di non fare o di fare infungibili¹⁷, la previsione di un modello processuale flessibile (con la introduzione del c.d. rito sommario di cognizione), che prevede un’istruzione semplificata e l’attribuzione di importanti poteri di governo del procedimento al giudice¹⁸.

D’altro canto, che la comparazione abbia tra le sue funzioni principali quella di offrire strumenti di politica del diritto e del processo è stato apertamente sostenuto dai maggiori esponenti della processualcomparatistica¹⁹.

Si compara anche per ipotizzare – spesso in modo ingenuo e inefficace – *ex ante* quali siano gli effetti delle riforme o per ricostruirne il significato *ex post*: sotto questo profilo, la riforma dell’appello rappresenta un esempio

¹⁶ Merita di essere ricordata qui la pregevole opera di S. DALLA BONTÀ, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, *passim*.

¹⁷ Si v.no: S. CHIARLONI, *Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c.*, in *Libro dell’anno del diritto*, *Enc. Giur.*, 2012, p. 708 ss.; A. CHIZZINI, *Commento all’art. 614-bis*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alla legge di riforma del processo civile n. 69/2009*, Giappichelli, Torino 2009, p. 165; M. BINA, *Esecuzione indiretta delle inibitorie*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Giappichelli, Torino 2012, p. 387 ss.

¹⁸ Se ne discute in M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?*, BUP, Bologna 2018, *passim*.

¹⁹ Si v.no M. CAPPELLETTI, *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia*, in Id., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna 1994, p. 11 ss.; V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in Id., *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna 1982, p. 21 ss. (trattasi del testo della relazione presentata alle giornate di studio dell’Associazione italiana di diritto comparato sul tema *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, tenutosi a Torino nei giorni 25-27 maggio 1979 e già pubblicato negli *Atti del Convegno*, Giuffrè, Milano 1980, p. 199 ss.).

molto significativo. Ciò che accade è che spesso il legislatore non dialoga con la dottrina, la quale si trova a dover fare i conti con riforme che hanno pretese velleitarie e che si rivelano quasi invariabilmente incapaci di conseguire i risultati promessi²⁰.

Sono poche le opere che utilizzano la comparazione per combattere le ortodossie prevalenti. Anche quelle che prediligono una lettura trasversale degli istituti, seguendo la traccia dei problemi, anziché la struttura dei dogmi, raramente si spingono a mettere in discussione istituzioni e modelli consolidati.

Una menzione a parte merita un singolare utilizzo della comparazione (non solo giuridica, ma anche storica, letteraria, religiosa, artistica, sociologica ecc.), sapientemente declinato in un piacevolissimo e fantasioso *excursus* con cui si è dimostrato in maniera straordinariamente efficace come il processo sia anche – o, come l'autore sostiene, prima di tutto – un fenomeno antropologico, psicologico e culturale²¹. Questo utilizzo della comparazione fornisce una visione eterodossa non solo del processo, ma dei suoi tradizionali metodi di studio, tanto dissacrante, quanto efficace per mostrare i limiti degli approcci didattici (e scientifici) tuttora in uso nei Dipartimenti e nelle Facoltà di Giurisprudenza.

7. Comparazione e processo civile: unificare, dividere, uniformare

Appare arduo affermare con certezza se la comparazione nel diritto processuale civile sia servita prevalentemente per unificare o, piuttosto, per far emergere differenze e identità irriducibili ad unità. Nel diritto processuale civile la comparazione certamente è servita, negli ultimi decenni, soprattutto per mettere in luce le inadeguatezze del nostro sistema di giustizia e per cercare di porvi rimedio. Ritengo che si sia più insistito sulle differenze che sulle analogie, in special modo per mandare alla politica messaggi che facessero emergere la necessità di una riforma. Questi messaggi, tuttavia,

²⁰ Per alcune considerazioni (con spiegazioni per certi versi di segno opposto) sulla sordità del legislatore italiano alla voce della dottrina, v. V. VARANO, *Il diritto processuale civile italiano in Europa*, in *Ann. diritto comp.*, 2014, pp. 125 e 127 e R. STÜRNER, *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, in *Zt. Zivilprozess*, 2014, p. 271 ss., spec. p. 297, nt. 139, entrambi richiamati, con un invito a raccoglierne le provocazioni, da R. CAPONI, *Frammenti di teoria del processo civile. Una premessa introduttiva*, ne *Il Processo*, 2019, p. 1 ss.

²¹ Mi riferisco allo straordinario (anche nel senso più autentico di *extra ordinem*) libro di B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite*, Adelphi, Milano 2016, *passim*.

sono stati còlti in maniera parziale e distorta, tradotti dal legislatore in un numero ormai sconsiderato di micro-interventi sul codice di rito, fatto letteralmente a brandelli da una interminabile stagione di riforme, che, facendo leva soprattutto sul miraggio del miglioramento di una giustizia ormai impresentabile e in crisi cronica da oltre quarant'anni, in realtà ha prodotto lo sgretolamento del sistema, spingendo, per un'eterogenesi dei fini, la giustizia civile verso soglie, se possibile, ancor più estreme di inefficienza e gettando nello sconforto (talvolta verrebbe perfino da dire: nella disperazione) chi debba servirsi del processo per la tutela dei diritti, cioè per il suo fine istituzionale.

Tendenze unificatrici, invece, si sono manifestate su un piano sovranazionale: alcuni importanti progetti (si pensi al *Código Modelo* dell'America latina, al Progetto ALI-UNIDROIT culminato nella redazione dei *Transnational Principles and Rules of Civil Procedure*²²; al progetto ELI-UNIDROIT, che sta portando alla stesura degli *European Principles of Civil Procedure*) hanno cercato di porsi come modelli di codice, nel tentativo – riuscito soprattutto in America latina – di riunire “il meglio” di vari modelli positivi di processo disciplinati in ordinamenti afferenti ad una certa area, cercando di ispirare i legislatori nazionali nella stesura delle riforme dei codici.

8. Legislazione europea e processo civile

Il processo di unificazione europea in materia processuale è avvenuto soprattutto mediante l'introduzione di regolamenti comunitari, i quali hanno interferito molto superficialmente con gli ordinamenti processuali dei vari Paesi. Le regole comunitarie, infatti, operano a un livello tale e con modalità tali da intaccare scarsamente le identità delle tradizioni legate ai contesti nazionali.

Nel complesso, il diritto comunitario non ha ostacolato la comparazione, anzi, con ogni probabilità ne ha alimentato lo sviluppo nell'ambito del diritto processuale, ma con dei limiti. Certamente, infatti, il processo di unificazione che ad esempio ha preso la strada dell'elaborazione di *European Rules of Civil*

²² G.C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Proposed Final Draft (March 9, 2004)*, American Law Institute, Philadelphia 2004, *passim*; IID., *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, *passim*; A. GIDI, G.C. HAZARD JR., M. TARUFFO, R. STÜRNER, *Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, in 33 *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.*, 2001, p. 769 ss.

Procedure, pur avendo stimolato senza dubbio la conoscenza reciproca dei modelli di processo europei, difficilmente si presta a demolire le ortodossie prevalenti, posto che mette la comparazione al servizio della costruzione di un modello di processo, destinato a costituire un potenziale punto di riferimento per i legislatori nazionali. Ne consegue che le spinte derivanti dal processo di unificazione europeo costituiscono al contempo uno stimolo alla comparazione, intesa come conoscenza reciproca delle legislazioni processuali, e un ostacolo allo sviluppo della comparazione “sovversiva”.

9. *Quasi una conclusione: i metodi del diritto processuale civile*

Ci si deve avviare ora verso una conclusione. Il tema che ha dato il titolo a questo contributo è troppo complesso e ambizioso per consentirci di giungere ad una vera conclusione: per questo preferirei che questa fosse considerata, appunto, “quasi” una conclusione.

Una prima importante considerazione conclusiva consiste nel prendere atto che lo studio e l’analisi del processo civile possono essere condotti secondo una pluralità di metodi²³: si tratta di un’affermazione che oggi può essere considerata ai limiti del banale. Non così, però, fino a qualche anno fa, quando il metodo dogmatico-sistematico veniva ritenuto l’unico in grado di imprimere scientificità allo studio della materia²⁴. Fortunatamente questo tempo è passato e oggi, senza bisogno che quel metodo sia stato screditato, si ammettono a dignità scientifica anche altri metodi, quelli che in un recente saggio Remo Caponi ha chiamato “diverse anime” del diritto processuale civile²⁵.

Una seconda considerazione non meno importante attiene al fatto che il tema metodologico, già affrontato dalla dottrina italiana più attenta, inizia ad essere preso sul serio anche dalla comunità scientifica internazionale, che coltiva il diritto processuale civile comparato: penso, in tal caso, ai saggi raccolti in una recente pubblicazione intitolata significativamente *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*²⁶, saggi che, tra l’altro: ripropongono, declinandoli nell’ambito del diritto processuale, alcuni

²³ Una suggestione in questo senso deriva già dai saggi raccolti in M. BESSONE, E. SILVESTRI, M. TARUFFO (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, Cedam, Padova 2000, *passim*.

²⁴ R. CAPONI, *Frammenti di teoria del processo civile*, in *Il processo*, 2019, p. 9.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO (a cura di), *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Nomos, Baden-Baden 2017, *passim*.

dilemmi che da qualche tempo occupano (forse addirittura: ossessionano) i comparatisti²⁷; discutono proposte metodologiche di autorevoli processualcomparatisti²⁸; propongono riflessioni critiche sull'utilizzo dei metodi statistici nel diritto processuale civile comparato²⁹.

Una terza ed ultima considerazione attiene ai rapporti tra finalità e metodo: chi scrive ritiene che le prime (anche se non solo esse) influiscano in maniera decisiva sul metodo del diritto processuale civile. In altri termini, e per certi versi molto banalmente, se ci troviamo di fronte a un avvocato interessato a vincere una causa, il diritto processuale verrà in considerazione prevalentemente nella sua dimensione normativistica, tutt'al più attenuata – in verità, solo all'apparenza – dall'ampio ricorso alla “fonte” giurisprudenziale; non molto dissimile sarà l'approccio del giudice. Se, invece, ci troviamo di fronte a un legislatore, il metodo sarà completamente diverso: con ogni probabilità egli farà ricorso a metodi statistici, econometrici, tendenzialmente “esterni” alle norme da riformare. Ancora, diversi saranno i metodi di approccio non solo al diritto processuale civile, ma anche al diritto processuale civile comparato, a seconda che lo studioso del processo si dedichi alla ricerca o alla didattica e, ancora, a seconda che pretenda di assumere un atteggiamento ideologico neutrale o, al contrario, ritenga di “schierarsi” ideologicamente. D'altro canto, mi pare di non dire cosa nuova, se a conclusioni non dissimili già era pervenuto Denti, in un suo noto scritto, di ormai quarant'anni fa³⁰.

Si tratta, com'è evidente, di poco più che suggestioni, le quali non aspirano certo a chiudere, ma piuttosto a riavviare il dibattito su uno dei temi più complessi e scabrosi, quello del metodo, al quale la dottrina italiana, anche in (diretta o indiretta) replica a certi – più o meno fondati – richiami della dottrina d'oltralpe, farebbe forse bene a dedicare qualche più robusta attenzione³¹.

²⁷ Cfr. M. WOO, *Comparative Law: A Plurality of Methods*, *ivi*, p. 47 ss.

²⁸ C.V. GIABARDO, *Mauro Cappelletti's Methodology in Comparative Civil Justice and the Coercive Powers of Courts as a Case Study*, *ivi*, p. 67 ss.

²⁹ C.A. KERN, *Statistical Methods in Comparative Civil Procedure – Chances and Risks*, *ivi*, p. 121 ss.

³⁰ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, *cit.*, p. 31 ss.

³¹ R. STÜRNER, *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, *cit.*

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Renzo Orlandi

*L'approccio comparatistico nelle dottrine processualpenalistiche.
Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Realtà rilevanti – 3. Finalità della comparazione (in ambito processuale penale) – 4. Gli oggetti della comparazione – 5. Utilità attuale della comparazione, nuovi compiti e conclusione.

1. *Premessa*

L'approccio comparatistico ha un modesto seguito nella cultura processualpenalistica italiana. L'affermazione può suonare strana a chi coltiva la convinzione che la riforma processuale del 1988 si sia ispirata al sistema *adversary* e abbia avuto come modello l'esperienza nordamericana. In realtà, la storia di quella riforma è meno lineare di quel che a prima vista appare e sarebbe semplicistico rappresentarla come semplice importazione di un modello straniero¹. Ciò che colpisce nella produzione scientifica del processualpenalista italiano è, anzi, il tendenziale disinteresse se non addirittura l'aperta diffidenza verso la cultura della comparazione. Uno stimato autore mostra apertamente questa idiosincrasia: dopo aver osservato che «la nostra tradizione, la nostra struttura processuale, la nostra cultura, la nostra ideologia del processo è profondamente diversa da quella di altri Paesi» conclude che non vale la pena sforzarsi a «comparare elementi che non dovrebbero essere confusi» e aggiunge infine, con tono concessivo: «il che non vuol dire che non si possano adattare alla nostra tradizione istituti desunti da altre esperienze giudiziarie»². Ovviamente, chi compara deve evitare parallelismi e ingenui sovrapposizioni: ma è proprio nell'intelligente

¹ Per più precise informazioni sul lungo e tortuoso percorso sfociato nella riforma del codice di procedura penale (1988) sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *The Italian Path to Reform: Italy's Adversarial Model of Criminal Procedure*, in *Italian Law Journal*, 2019, p. 565 ss. Si veda altresì il precedente *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in D. NEGRI, M. PIFFERI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano 2011, p. 51 ss. Anche per E. AMODIO (*Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1996, p. 899 ss.) la riforma processuale italiana del 1988 ha subito in misura marginale l'influsso della cultura di *common law*.

² G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo penale italiano*, Giappichelli, Torino 2015, p. 1 s.

uso di questa abilità di discernimento che sta il valore e, oserei dire, il vantaggio della comparazione rispetto allo studio circoscritto al diritto “nazionale”. Peraltro, non si capisce sulla base di quale conoscenza (se non di origine comparatistica) si giustificerebbe quell’apertura agli “istituti di altre esperienze straniere”.

Le parole sopra riportate rivelano un sentimento diffuso fra gli studiosi italiani del processo penale: quanto meno con riguardo all’epoca che ci sta alle spalle. Si aggiunga che, in passato, la comparazione ha avuto scarso riconoscimento in ambito concorsuale. Presentare una monografia dove si ragionava su esperienze straniere poteva addirittura essere considerato un punto a sfavore, quasi si trattasse di una inutile esibizione. Non c’è quindi da sorprendersi se molti processual-penalisti hanno escluso dal loro orizzonte la curiosità per altri ordinamenti, per altre culture giuridiche, per altri modi di affrontare questioni cruciali, non dissimili da quelle che affiorano nel nostro ordinamento. Naturalmente ci sono state eccezioni: ma, appunto, di eccezioni si è finora trattato. Quasi tutte incentrate sull’esperienza nord-americana³, come risulta anche dai programmi relativi ai corsi di diritto processuale penale comparato attivati in alcune università⁴.

Ora le cose stanno cambiando anche grazie alla propensione degli studiosi più giovani a frequentare università e istituti di ricerca stranieri. Molti dei dottorati di ricerca attivi presso le nostre università impongono periodi più o meno lunghi di ricerca all’estero, nel corso del triennio. Il crescente rilievo che per il diritto interno hanno le normative euro-unitarie (molte delle quali riguardanti il diritto processuale penale), le sentenze della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE accresce, pur in via indiretta come si dirà, l’interesse (particolarmente dei più giovani) per le esperienze giuridiche di altri ordinamenti.

Sta dunque formandosi una nuova leva di studiosi che – facile prevederlo – faranno della comparazione uno strumento imprescindibile sia per auspicabili spunti di riforma del sistema processuale, sia per una miglior comprensione del diritto positivo interno, sia, infine, per adeguare le applicazioni della legge statale alle istanze euro-unitarie e alla giurisprudenza delle Corti europee.

³ Per quanto concerne la comparazione con gli USA meritano di essere ricordati i nomi di Ennio Amodio, Rosanna Gambini, Vittorio Fanchiotti, Luca Marafioti, Vania Patanè. All’ordinamento processuale francese hanno prestato particolare attenzione Mario Chiavario, Gabriella Aimonetto, Novella Galantini.

⁴ Da una rapida consultazione dei rispettivi siti web risultano attivati corsi di questo nei seguenti atenei: Bologna, Catania, Foggia, Genova, Milano Statale, Padova, Palermo, Torino, Urbino; M. MIRAGLIA, *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense: tendenze e riflessioni*, Giappichelli, Torino 2008.

Ogni cultore del diritto interno dovrebbe avere – io credo – una naturale tensione conoscitiva verso ordinamenti diversi: tanto più in un contesto come l'attuale, dove gli ordinamenti statali sono compenetrati di normative sovranazionali che pongono problemi pratici, ad esempio, sul terreno dell'armonizzazione dei sistemi penali e processuali, in vista di una più efficace cooperazione giudiziaria. Siccome però non sarebbe utile (né si può ragionevolmente pretendere) una comparazione ad amplissimo raggio tale da riferirsi a molteplici esperienze diverse da quella di partenza, occorrerà selezionare con consapevole avvedutezza l'ordinamento o gli ordinamenti cui riferirsi per un proficuo confronto.

È questo il primo nucleo problematico che il comparatista si trova davanti e su questo converrà fermare l'attenzione nel prossimo paragrafo.

Altri temi meritevoli di qualche chiosa sono le finalità e gli oggetti della possibile comparazione: perché comparare? E cosa, precisamente, entra nel fuoco della comparazione?

2. *Realtà rilevanti*

Quanto sin qui detto sconta un sottinteso che merita di essere svelato: la comparazione si fa per lo più con altri ordinamenti vigenti; nel caso del processo penale, con sistemi processuali e ordinamenti giudiziari di altre realtà statuali contemporanee. In realtà accanto a questa – definibile come comparazione *sincronica* – sappiamo che esiste una comparazione *diacronica*, orientata al confronto con sistemi pre-vigenti, più o meno lontani nel tempo. L'effetto di "distanza" tipico dell'approccio comparatistico, viene in altre parole ricercato sul piano temporale (anziché spaziale), vivificando mentalmente esperienze del passato⁵. Bisogna anzi riconoscere che i migliori contributi comparatistici della dottrina processualpenalistica italiana provengono proprio da questo tipo di approccio⁶.

⁵ Che la comparazione si avvalga dello «punto di vista esterno» è affermazione sulla quale ferma opportunamente l'attenzione A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 21 ss.

⁶ Di grande rilievo, per l'influenza su autori più giovani, gli studi che Franco Cordero ha dedicato agli sfondi storici dei principali istituti processuali. Spunti di riflessione sono contenuti già nelle diverse edizioni del manuale di *Procedura penale* pubblicato da Giuffrè a partire dal 1966 e fino al 2011. Trattazioni più dettagliate – con frequenti riferimenti alla giustizia penale dell'*Ancien Régime* – sono contenute in altri scritti di carattere prettamente storico, fra i quali vale la pena citare *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, Roma 1985; *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari, Roma 1985 e *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*,

La comparazione diacronica – come la sincronica – punta all’effetto di “straniamento”, che costituisce la postura mentale tipica del comparatista. Guardare il proprio ordinamento dall’esterno (assumendo il punto di vista di realtà risalenti ad altre epoche storiche o ad altri contesti ordinamentali contemporanei) consente di guardare criticamente, dall’esterno, la propria realtà di provenienza, cogliendone tratti destinati a sfuggire all’osservazione di chi limita l’area dei propri interessi scientifici all’orizzonte del diritto positivo interno. C’è però il serio rischio che, nel calarsi in quell’altro contesto, si assumano postulati o punti di vista del tutto arbitrari o infondati, tali da rendere inutile, se non addirittura nocivo, lo sforzo comparatistico. Chi compara due o più entità deve, in altre parole, conoscere bene i termini del confronto e non farsi troppo influenzare da passioni politico-ideologiche o da finalità etiche, sempre presenti nella riflessione giuridica. Compito difficilissimo nella comparazione diacronica, perché le ricostruzioni storiche impongono di “spostarsi mentalmente” in una situazione politico-storico-sociale consegnata al passato, della quale sopravvivono tracce più o meno visibili. Occorre saper ben maneggiare le fonti storiche: cosa che non sempre gli studiosi di diritto positivo sanno fare con la dovuta abilità. Più si risale all’indietro nel tempo e più diventa arduo azzardare paragoni convincenti. Accade così che la ricostruzione di certi istituti al centro dello sforzo comparativo avvenga sul presupposto di assunti di partenza che il lettore è invitato a condividere come postulati della proposta comparazione.

Un esempio chiarirà quanto intendo affermare. In una ricostruzione storica della regola BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) James Q. Whitman muove dal seguente interrogativo: come si spiega che il superamento delle

Laterza, Bari, Roma 1986. Accurate ricostruzioni storiche su taluni istituti della giustizia penale principalmente focalizzate sulla cultura illuministica affermatasi nella Francia rivoluzionaria si ritrovano in alcune pregevoli monografie pubblicate negli anni '70 e '80 del secolo scorso: di particolare valore gli approfondimenti condotti da M. NOBILI sull’attività decisoria del giudice penale (*Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè 1974) e da P. FERRUA sul retroscena storico del principio del contraddittorio (*Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, Giuffrè 1981). Volendo qui dar conto della sola produzione scientifica interna al settore disciplinare, si evita di citare studi prodotti dagli storici del diritto. Almeno un nome va tuttavia fatto per la grande eco che i suoi studi hanno avuto sui cultori del diritto e della procedura penale delle generazioni scientificamente attive negli anni '70-'90 del secolo scorso. Alludo a MARIO SBRICCOLI, che, a partire dalla monografia sulla giustizia politica (*Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano 1974) è stato a lungo un interlocutore autorevole e ascoltato degli studiosi di diritto positivo. Per aver un’idea della quantità e profondità di spunti offerti ai penalisti contemporanei da questo autore basta consultare gli scritti pubblicati nel volume (postumo) M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007), Giuffrè, Milano 2009.

ordalie (nel lontano 1215) abbia portato, secoli dopo (fine Settecento), a formalizzare il principio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio” per la prima volta nell'*Old Baily* londinese?⁷ La spiegazione andrebbe individuata – secondo l'autore – nell'esigenza – molto avvertita dai giurati dell'epoca, chiamati a giudicare delitti capitali – di essere liberati dal peso morale (*moral anxiety*) che avrebbe accompagnato l'eventuale condanna. L'ordalia permetteva di trasferire sulla divinità questo pesante fardello. Venuta meno la pratica ordalica per l'editto pontificio di Innocenzo III, quel peso è gravato interamente sulle spalle di uomini in carne e ossa. Per liberarli dal possibile senso di colpa conseguente alla possibile condanna, si è andata gradualmente affermando la ricordata regola di giudizio. La conclusione dello studio coincide col postulato di partenza. Quel postulato consente di mettere in fila le fonti da cui trarre una raffica di conferme, secondo un percorso argomentativo di grande interesse e fascino, ma sostanzialmente tautologico. Tutto crolla se non si condivide quel punto di partenza, abilmente posto da Whitman a fondamento della sua ipotesi ricostruttiva⁸. Ma, quand'anche l'ipotesi di lavoro fosse smentita o risultasse poco convincente, l'opera di comparazione, se condotta con abilità nel maneggio delle fonti storiche, potrebbe comunque accendere delle luci utili alla comprensione di istituti e fenomeni dell'attualità contemporanea. Ad esempio, qualunque cosa si pensi del citato volume di Whitman, è innegabile il valore dello studio in esso condotto, quanto meno con riguardo all'originalità dell'idea di partenza e alla coerenza con la quale essa è stata coltivata e documentata nell'intera ricerca. Si pone così una tesi seriamente sostenuta che attende di essere vagliata criticamente e che contribuisce ad accrescere la conoscenza dell'oggetto studiato anche per chi non la dovesse condividere.

Del resto, è comprensibile che, per ovviare alla difficoltà (o impossibilità) di dislocarsi e, per così dire, immergersi in epoche lontane o lontanissime, della cui organizzazione politico-sociale, delle cui pratiche giuridiche e dottrine siamo in larga parte ignari, si elabori una tesi di lavoro, da verificare come conclusione della ricerca alla luce di tracce documentali poste a fondamento di ipotesi ricostruttive buone fino alla prossima smentita. La comparazione diacronica va condotta con grande prudenza, onde evitare travisamenti o analogie tanto suggestive quanto fuorvianti. Ma – quando ben riuscita – essa rende servizi di straordinaria utilità alla comprensione

⁷ Cfr. J. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, Yale 2008.

⁸ Questa la critica mossa da TH. P. GALLANIS, *Reasonable Doubt and the Origins of Criminal Trial*, in 76 *Un. Chicago L. Rev.*, 2009, p. 961 ss., che pur mostra di apprezzare lo sforzo ricostruttivo intrapreso da J. Q. Whitman.

di istituti di epoche passate, mettendone in evidenza possibili linee di continuità con istituti attuali.

Può esser portato ad esempio, a tal riguardo, il 1. volume della *Cassazione civile* di Piero Calamandrei: una magistrale ricostruzione storica (a partire dal diritto romano) del ricorso di legittimità (istituto giudiziario), che nel corso del tempo si salda con la Corte di cassazione (istituto politico). Benché risalente a un secolo fa, quel volume rappresenta ancor oggi una lettura imprescindibile per chi intenda approfondire la funzione e l'attività della Corte di cassazione in ambito sia civile, sia penale. Anche le opere migliori, naturalmente, invecchiano. Bisogna però ammettere – pensando al citato contributo comparatistico di Calamandrei – che chi oggi si occupa di funzione nomofilattica del giudice di legittimità, troverà utile la distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*; chi si interroga sulle origini degli *errores in procedendo* come motivi di annullamento della sentenza di merito, troverà illuminanti certe affinità con la (romana) *querela nullitatis*; chi intende vagliare criticamente il rapporto giudice/legge, avrà occasione di meditare sulle singolari ascendenze della *Cour de cassation* francese con figure dell'*Ancien Régime* quale il *Conseil du roi* e di riflettere sul tratto politico che ancora caratterizza questo organismo giudiziario anche nella sua versione italiana.

La comparazione sincronica presenta minori rischi di travisamento, purché lo studioso sappia immergersi nella realtà prescelta come termine di raffronto. Evidentemente è impossibile allargare lo sguardo a una molteplicità di ordinamenti. Una comparazione ad amplissimo raggio darebbe peraltro risultati di scarsa utilità sia teorica (vale a dire in termini di comprensione degli istituti presi di mira), sia pratica (vale a dire, in termini di proposte di riforma del diritto interno). Andrà fatta una scelta, prediligendo quelle realtà che offrono un ricco materiale di confronto.

Ciò pone il problema del “perché” valga la pena comparare e del “cosa” meriti di essere comparato.

3. Finalità della comparazione (in ambito processuale penale)

Volgendo lo sguardo alla letteratura italiana, si nota che la comparazione in ambito processuale penale ha puntato a diverse finalità.

La comparazione di tipo diacronico punta alla miglior comprensione dell'attualità. Ha quindi finalità principalmente teorico-dottrinali,

occasionalmente idonee a fornire spunti critici sugli assetti normativi vigenti o su orientamenti giurisprudenziali da approvare/censurare. Serve ad acquisire consapevolezza dell'origine remota di certi istituti, allo scopo di favorire l'uso di categorie concettuali risalenti, che, nel tempo e per il mutare delle condizioni socio-politiche, possono aver subito rilevanti variazioni di significato⁹. Questo tipo di comparazione si presta sovente ad essere impiegata o strumentalizzata per ragioni politico-culturali, magari motivate dall'esigenza (avvertita come impegno civile) di prendere le distanze o di ripudiare pratiche processuali che, pur appartenenti ad epoche passate, si percepiscono come incumbenti sull'epoca attuale¹⁰.

La comparazione di tipo sincronico viene intrapresa per finalità analoghe, ma, come già accennato, rispetto all'altra ha il vantaggio di riferirsi a ordinamenti vigenti, suscettibili di essere osservati direttamente dallo studioso. Finalità teorico-dottrinali (imparare qualcosa dagli studi di autori stranieri che si occupano di istituti e temi rilevanti per lo studioso di diritto positivo interno) e finalità *lato sensu* politiche, animate dall'intento di suggerire proposte di riforma.

Si pensi, per stare all'attualità, ai molti scritti che circolano in questi giorni sulla prescrizione del reato, su come questa delicata materia è regolata negli USA, in Francia, in Germania, in Spagna etc. Vi si illustrano soluzioni diverse dalla nostra (oggetto di vivaci controversie); soluzioni dalle quali ci si aspettano spunti di riflessione volti a sostenere o a smentire la tesi della "prescrizione *sine die*" dopo la sentenza di primo grado. Si tratta, spesso, di prese di posizione superficiali, prive di quel retroterra di studio e

⁹ Ad esempio, la monografia di M. NOBILI su *Il principio del libero convincimento del giudice* (già citato *supra*, nota 6), offre una panoramica sul passaggio dalle pratiche criminali inquisitorie basate sulla prova legale alle normative processuali aperte all'intimo convincimento fra XVIII e XIX secolo; e denuncia, al contempo, la possibile degenerazione (in arbitrio) che una simile apertura ha di fatto comportato. P. FERRUA, con la sua monografia su *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali* (già citato *supra* nota 6) ricostruisce il provvisorio affermarsi del principio di oralità nel cruciale ventennio che separa l'esperienza della Rivoluzione francese dalla redazione del *code d'instruction criminelle*, allo scopo di evidenziare quanto sia difficoltoso affermare un modello *adversary* di processo penale in un contesto giuridico permeato di cultura inquisitoria. Pubblicati in un periodo di forti contrasti ideologici e di particolare fervore degli studi processuali penali, entrambi questi scritti hanno avuto notevole influenza sulle discussioni intorno alla riforma del codice di procedura penale.

¹⁰ Fra gli autori italiani vanno ricordati, a questo riguardo, i ponderosi ed eruditissimi studi di F. Cordero (già citati *supra* nota 6), pubblicati verso la metà degli anni '80, quando sembrava tramontata la riforma processuale che sarebbe maturata nel 1988. Si può cogliere in quegli studi l'intenzione di ammonire la dottrina processualistica circa i rischi di involuzioni inquisitorie che avrebbero caratterizzato un sistema di giustizia penale del quale appariva ardua la riforma in senso *adversary*.

approfondimento dell'ordinamento "straniero" che dovrebbe caratterizzare ogni seria indagine comparata. Ciò nondimeno, il ricorso (pur superficiale) all'argomento comparativo circa il tema appena esemplificato segnala la naturale curiosità e il comprensibile desiderio di sapere "cosa fanno gli altri", quando ci si trova di fronte a questioni o problemi che si ritiene siano comuni agli ordinamenti contemporanei.

Non ci si può improvvisare nella comparazione. Il discorso vale in particolare per quegli studiosi di diritto positivo interno, che avvertono con particolare urgenza la curiosità e il desiderio di confrontarsi con altre esperienze. Chi si impegna in questo tipo di approccio scientifico deve conoscere bene non solo l'ordinamento politico costituzionale del Paese preso a termine di paragone, ma anche la lingua, la storia, i costumi, le espressioni culturali e letterarie dell'altra realtà. Anche per questa ragione, una vera comparazione (sincronica) non la si può fare ad ampio raggio.

Conviene scegliere con ocularità l'ordinamento da "studiare" e lavorare su quello, in profondità, acquisendo informazioni di dettaglio simili a quelle che lo studioso possiede del proprio ordinamento. Non solo. È opportuno che la scelta cada su un ordinamento non troppo distante dal nostro sia per tradizione giuridico-culturale¹¹, sia per dimensioni abitative e territoriali¹². E andranno preferite quelle esperienze che – oltre a un'articolata realtà normativa – offrono una ricca riflessione dottrinale, capace di agevolare il comparatista nella messa a fuoco delle norme anche nel loro momento applicativo¹³.

¹¹ Studiare i sistemi penali del mondo islamico può certo fornire informazioni preziose per il comparatista, ma con elevatissimi rischi di fraintendimento e, perciò, di manipolazione del dato acquisito.

¹² Anche la comparazione con realtà minuscole (quali la Repubblica di S. Marino, il principato di Andorra, il principato del Liechtenstein), certamente dotati di un proprio sistema di giustizia penale, presenta rischi di fraintendimento e manipolazione certo diversi da quelli segnalati alla nota precedente, ma tali da sconsigliare, in linea generale, azzardati paragoni.

¹³ Questa è verosimilmente la ragione per la quale i cultori del diritto penale hanno volto la loro attenzione preferibilmente al mondo tedesco, notoriamente caratterizzato da una fluviatile produzione dottrinale. Di minor interesse appare l'esperienza francese per (si può dire) l'assenza di una riflessione dottrinale sugli istituti e per lo stile stringato (poco argomentato) delle decisioni giurisprudenziali. La causa di questo sta forse in quell'art. 5 tuttora in vigore nel *code civil* francese, che vieta al giudice di decidere i casi a lui sottoposti facendo leva su massime generalizzanti (*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*). Affiora la diffidenza del legislatore di fronte alla interpretazione giudiziale. Questo principio ha un suo corollario nella regola che vieta al giudice di citare nelle sentenze opinioni dottrinali (dalle quali potrebbero essere tratte quelle massime generalizzanti). Un divieto che vale anche da noi (art. 118 comma 3 disp. att. c.p.c.), ma che il giudice italiano interpreta liberamente, intendendo quel divieto come riferito ai soli

Come accennato in apertura, non sono numerosi, in Italia, gli autori che hanno coltivato passioni e curiosità per gli ordinamenti stranieri. Limitandoci alla produzione bibliografica degli ultimi decenni, quasi tutti hanno volto la loro attenzione ai sistemi di *common law*, anche in ragione della svolta in senso *adversary* impressa alla riforma processuale italiana negli anni Ottanta del secolo scorso¹⁴.

Oltre alla segnalata finalità pratica (suggerire soluzioni normative), la comparazione sincronica può avere anche finalità teorico-dottrinali: acquisire o prendere a prestito categorie concettuali maturate nell'ambito di altre esperienze giuridiche. Al riguardo si possono fornire due esempi assai significativi per il settore disciplinare della "procedura penale". Alludo a due monografie, entrambe pubblicate verso la metà degli anni '50 del secolo scorso, che hanno costituito – si può dire – il punto di partenza metodologico per la generazione di studiosi del diritto processuale penale che per prima sperimentò concretamente l'autonomia didattica della disciplina¹⁵. Si tratta del volume di Giovanni Conso, intitolato *I fatti giuridici processuali penali* (Milano, Giuffrè, 1955) e del volume di Franco Cordero, *Le situazioni soggettive del processo penale* (Torino, Giappichelli, 1956).

Basta sfogliare lo studio di Conso, con attenzione all'apparato

nomi degli autori, non alle loro opinioni. Sicché abbondano nelle motivazioni delle sentenze italiane (civile e penale) affermazioni del tipo "è stato affermato in dottrina" o "sostiene autorevole dottrina". Un simile divieto, come si sa, non vale per i giudici tedeschi, i quali, anzi, col citare autori e opere a sostegno delle interpretazioni prescelte, ritengono di impresiosire le loro sentenze. Le citazioni dottrinali nei provvedimenti giudiziari alimentano, a ben vedere, il dialogo fra dottrina e giurisprudenza, col risultato – se la dottrina è di buona qualità – di arricchire entrambe. L'inserimento di opinioni dottrinali nelle motivazioni dei giudici ha altresì l'effetto di estendere l'area dei possibili "oggetti" della comparazione, come risulterà chiaro da quanto si dirà subito di seguito.

¹⁴ Vale la pena citare in particolare M. SCAPARONE, *Common law e processo penale*, Giuffrè, Milano 1971; E. AMODIO (a cura di) *I giudici senza toga: esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Giuffrè, Milano 1979; ID., *La cross-examination: strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano 1990; E. AMODIO, M. C. BASSIUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano 1988. Una ampia rassegna dei contributi comparatistici in ambito processuale penale nell'arco di un secolo abbondante di storia italiana è offerta da E. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1338 ss.

¹⁵ L'insegnamento della procedura penale era stato elevato al rango di disciplina autonoma a livello universitario nel 1938. Tuttavia, fino agli inizi degli anni Sessanta, l'insegnamento fu quasi sempre assegnato, per affidamento, ai professori di diritto penale. Rare le eccezioni: Grispiigni, Carnelutti e poi Leone a Roma, Manzini a Torino. I primi concorsi dedicati esclusivamente al settore disciplinare oggi identificato con la sigla IUS/16 furono banditi nella seconda metà degli '50. In quel torno di tempo escono le due monografie menzionate nel testo, che, per alcuni decenni, faranno da guida ai nuovi studiosi della disciplina.

bibliografico e di note, per rendersi conto di quanto l'autore sia debitore a studiosi italiani di altre discipline¹⁶ o a studiosi di lingua tedesca di concetti-chiave quali "presupposti processuali", "rapporto giuridico-processuale", "fattispecie complesse a formazione successiva". Una visione del processo penale saldamente ancorata ai principi del tecnicismo giuridico, già affermatosi da decenni in altre discipline giuridiche¹⁷.

Analoghi rilievi possono essere fatti per il citato volume di Cordero. C'è, in esso, l'ambiziosa pretesa di costruire una dogmatica processuale alternativa a quella proposta da Conso, ispirandosi al pensiero di James Goldschmidt e, in particolare, alla monumentale monografia *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*¹⁸. Il grande processualista tedesco, seriamente preoccupato per la crisi di legalità che aveva investito la repubblica weimariana, era andato elaborando una teoria processuale innovativa che, superando le astrattezze del tecnicismo giuridico, metteva in primo piano le "situazioni giuridiche" che potevano succedersi nell'*iter* procedurale, vale a dire, i concreti rapporti di forza e di potere fra i soggetti processuali, nel prisma delle regole che disciplinano il giudizio (sia civile, sia penale): una prospettiva di grande interesse per il realismo che la caratterizzava e sul quale si poteva far leva per una serrata critica politica di istituti processuali considerati il lascito di una cultura autoritaria e antidemocratica. Nella "situazione giuridica" confluiscono le norme che governano l'*iter* processuale e il miscuglio di aspirazioni, speranze, timori, possibilità che quelle stesse norme contribuiscono quotidianamente ad alimentare.

Le menzionate categorie concettuali apprese per via di comparazione sono ormai uscite dal lessico del processual-penalista. Esse hanno tuttavia avuto una importanza notevolissima nella nascita e nello sviluppo di una moderna cultura processual-penalistica in Italia e, in definitiva, nella formazione dei docenti di procedura penale¹⁹.

¹⁶ È comprensibile che, nel momento in cui una disciplina cerca di rifondarsi, chi si cimenta con un simile compito avverta l'esigenza di prendere a prestito concetti già sperimentati in ambiti disciplinari contigui come il diritto processuale civile e il diritto amministrativo, entrambi per verità largamente influenzati dalla dogmatica tedesca a partire dalla fine del XIX secolo (per il diritto amministrativo) e dall'inizio del XX secolo (per il diritto processuale civile). In ogni caso, anche il trarre ispirazione da categorie concettuali maturate in altre discipline di diritto interno è – a ben vedere – una forma di comparazione.

¹⁷ Per ulteriori informazioni sull'affermarsi del tecnicismo giuridico nelle discipline giuridiche e, in particolare, in quelle penalistiche, si rinvia a R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 207 ss.

¹⁸ Springer, Berlin 1925.

¹⁹ Giovanni Conso esercitò una grande influenza sugli studi processuali penali, anche grazie alla collana di studi da lui diretta per l'editore Giuffrè (a partire dal 1959). Quanto

4. Gli oggetti della comparazione

Una discutibile opinione limita l'oggetto della comparazione agli assetti normativi di diversi ordinamenti²⁰. Serve davvero a poco confrontare fra loro le regole che governano certi istituti o certi fenomeni in ordinamenti diversi²¹. Da quanto detto al paragrafo precedente dovrebbe essere chiaro che l'oggetto della comparazione, oltre alle leggi scritte, sono anche le opinioni che su quelle leggi si formano in giurisprudenza e in dottrina. Del resto, è assunto ormai pacificamente condiviso che le leggi valgono per come sono interpretate: vale a dire, per le opinioni che su di esse formula la giurisprudenza (in particolare, di legittimità), sovente sorretta da riflessioni e chiarimenti dottrinali.

Consapevole di questo, il comparatista moderno non può limitarsi a comparare assetti normativi o istituti regolati da norme legali o statutarie. Deve allungare lo sguardo a quelle prese di posizione e a quei concetti di origine giurisprudenziale e dottrinale che – con le dovute cautele – possono essere valorizzate per proposte di riforma, sia per affrontare questioni teoriche (dottrinali) o problemi applicativi (giurisprudenziali) di diritto interno. Qualche esempio servirà ad illustrare meglio quel che intendo.

Capita con una certa frequenza di veder evocato sia in dottrina sia in giurisprudenza il “principio di proporzionalità” con riferimento all'applicazione di norme processuali penali. Si tratta di un principio non scritto, utile per misurare il grado di comprimibilità di un diritto individuale, per motivi di prevenzione o repressione dei reati. Criterio di

all'influenza di Cordero (che, tra l'altro, sarà il primo a pubblicare nella citata collana diretta da Conso), basterà citare il suo fortunato manuale *Procedura penale* (molteplici edizioni a partire da quella del 1966 fino all'ultima datata 2011), sul quale si sono formate più generazioni di processualisti.

²⁰ È, ad esempio, l'opinione palesata dall'autore citato *supra*, nota 2.

²¹ Questo modo di fare comparazione era tipico della letteratura giuridica risalente a un secolo fa. Si prenda qualche voce enciclopedica del *Digesto italiano*. Ad esempio, nella voce *Polizia giudiziaria* (XVIII, II, UTET, Torino 1924, p. 1057 ss.) l'autore (Francesco Carfora) dà sommariamente conto di ben quindici ordinamenti stranieri (nell'ordine, Francia, Belgio, Austria, Ungheria, Germania, Canton Ticino, Spagna, Norvegia, Inghilterra, India, Stato di New York, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Sudan). Si sostiene che la selezione è stata fatta individuando «i codici più importanti come esempi dei diversi sistemi». Ci si rende poi conto che questa molteplicità di informazioni rischia di disorientare il povero lettore e si arriva quindi alla conclusione che, in realtà, conviene ridurre il confronto a tre tipi principali: il *francese*, il *tedesco*, l'*inglese* (*ivi*, p. 1064, par. 42). Qui – dove in realtà dovrebbe iniziare – l'analisi comparata si interrompe. È un esempio, se si vuole estremo, di come la comparazione non vada fatta.

razionalità pratica, coerente con l'idea (familiare a uno Stato di diritto) che i "danni" e le "sofferenze" provocati dai pubblici poteri (amministrativi o giudiziari) vanno commisurati alla gravità della situazione di volta in volta affrontata; devono essere idonei a perseguire un fine legalmente stabilito e non devono eccedere la misura dello stretto necessario. Chi ha qualche frequentazione comparativa con gli ordinamenti di area tedesca (o dovrebbe sapere) che questo principio è il frutto di una lunga, raffinata elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, la Corte costituzionale tedesca, già a partire dai primi anni Cinquanta del secolo scorso, ne ha fatto un caposaldo del delicato bilanciamento fra tutela dei diritti individuali ed esigenze preventivo/repressive. La dottrina, dal canto suo, ha contribuito ad affinarlo ulteriormente, facendone spesso argomento di critica verso soluzioni normative di tipo emergenziale, ad esempio in tema di interventi contrassegnati da particolare rigore nel perseguimento e nella prevenzione di delitti gravissimi (criminalità organizzata, terrorismo). Il principio viene spesso richiamato (senza essere definito e quindi, dandone per scontato il contenuto) in molte fonti normative euro-unitarie²² oltre che nella giurisprudenza delle due Corti europee²³. Anche la nostra Corte costituzionale ne fa un uso crescente in materia processuale penale²⁴. Orbene, lo studioso che conosce la paziente elaborazione che del *proportionality standard* hanno fatto i giuristi tedeschi ha un indubbio vantaggio su chi ignora tutto quel dibattito e le sottili distinzioni cui esso è approdato. Non è detto che si debba dar ragione a chi maneggia da decenni un simile principio: si ammetterà però che chi conosce l'origine di un criterio interpretativo dottrinale o giurisprudenziale, avendo un'idea piuttosto precisa delle molte occasioni in cui lo si è impiegato, ha maggiori possibilità di tradurlo in (o di suggerirne la) pratica applicazione nel proprio diritto interno²⁵.

²² Ad es., nella direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea.

²³ Per stare ad alcuni casi recenti: Corte EDU, 2. sez., 10 dicembre 2019, *Kavala v. Turkey* in tema di misure limitative di libertà personale (art. 5 CEDU); Corte EDU, 5. sez., 30 gennaio 2020, *Breyer v. Germany*, in tema di misure limitative del diritto alla riservatezza (art. 8 CEDU); CGUE, Grande Sezione, sentenza 2 ottobre 2018, causa C-207/16, anch'essa in tema di misure limitative del diritto alla riservatezza (artt. 7 e 8 Carta dei dir. Fondamentali UE).

²⁴ Ad esempio, nelle sentenze che hanno dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 275 comma 3, nella parte in cui stabiliva un incondizionato automatismo nella scelta della custodia cautelare in carcere per alcuni tipi di delitti che avrebbero potuto ragionevolmente comportare una misura meno afflittiva (sent. nr. 265 del 2010; sent. nr. 231 del 2011; sent. nr. 110 del 2012; sent. nr. 57 e 213 del 2013; sent. nr. 48 del 2015).

²⁵ Una illustrazione del principio di proporzionalità che tiene conto del ricco dibattito tede-

Dall'esperienza tedesca ci viene un altro esempio di utile comparazione avente ad oggetto una creazione giurisprudenziale. Alludo alla pratica dei captatori informatici di cui si è discusso anche in Italia, soprattutto dopo che la nostra Corte di cassazione – in mancanza di una normativa legale *ad hoc* – ne ha ammesso l'uso, pur a certe condizioni²⁶. Questa sentenza della Cassazione risale al 2016, benché sia noto da tempo che questi micidiali strumenti investigativi sono di fatto nella disponibilità delle forze di polizia. Per rendersene conto, era sufficiente spingere lo sguardo al di là delle Alpi, dove la Corte costituzionale tedesca – già nel 2008 – aveva affrontato il problema, se e in che misura fosse legittimo l'uso di *malware* informatico come mezzo non solo per intercettare comunicazioni interpersonali, ma anche per ispezionare le memorie dei dispositivi elettronici che siamo soliti maneggiare quotidianamente (*smart phone, tablet, personal computer*). L'attenzione al dato comparativo avrebbe consentito di evitare un duplice inconveniente: il notevole ritardo dell'intervento legislativo²⁷ e la sua limitazione all'uso dei captatori informatici come mezzi per intercettare comunicazioni, non anche come strumenti per controllare a distanza la messe di documenti e dati personali archiviati nei nostri *hard disk*²⁸.

5. Utilità attuale della comparazione, nuovi compiti e conclusioni

Fino a qualche tempo fa si poteva sostenere che la comparazione (soprattutto quella sincronica) rappresentava un di più rispetto ai tradizionali compiti dello studioso di diritto positivo interno; una sorta di *optional* che – se ben coltivato – poteva rendere più convincenti le sue opinioni, accrescendone il pregio. Conoscere il diritto straniero poteva cioè servire a capire meglio il proprio, così come imparare un'altra lingua predispose a usare con maggior consapevolezza il proprio idioma principale.

Questa idea, che poteva avere un suo fondamento quando si predicava

sco è offerta da D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 3 ss.

²⁶ Cass. Pen. SS. UU. 1 luglio 2016 (c.c. 28 aprile 2016), Scurato, in CED, RV 266905.

²⁷ Con il d.lgs. n. 216 del 2017, ripetutamente prorogato fino al 1. maggio 2020 e modificato dal d.l. n. 161 del 2019 convertito nella l. n. 7 del 28 Febbraio 2020

²⁸ Per una critica delle insufficienze della normativa italiana sui captatori informatici sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *Usi investigativi dei captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2018, p. 538 ss.

l'esistenza di un «diritto obiettivo nazionale»²⁹, appare superata nella misura che l'ordinamento statale accetta di entrare in una relazione vitale e dialettica con ordinamenti sovranazionali che ne limitano la sovranità. La correlativa soggezione alle direttive euro-unitarie e alla giurisdizione delle alte Corti europee espone l'ordinamento italiano a quel graduale processo di armonizzazione normativa, già da tempo in atto anche nel settore del diritto e della procedura penale. Ciò implica l'interessata conoscenza di altri ordinamenti per ragioni non solo teorico-dottrinali, ma altresì pratico-applicative. Qualche esempio.

In un caso riguardante l'esecuzione di mandato d'arresto europeo, la Corte di cassazione si trovò di fronte al seguente quesito: se l'assenza di termini di durata della custodia cautelare nell'ordinamento dello Stato richiedente (la Germania) fosse di ostacolo alla consegna della persona arrestata in Italia. La normativa italiana che attua la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo prevede, in effetti, il rifiuto di consegna, quando la normativa processuale dello Stato richiedente non prevede termini massimi di durata della misura limitativa di libertà³⁰. La Corte di cassazione ha dunque dovuto effettuare una ricognizione della normativa processuale tedesca, per stabilire se vi fosse o meno contrasto con la normativa italiana. La *Strafprozessordnung* non prevede (come il c.p.p. italiano) termini rigidi di durata delle misure di coercizione personale; impone tuttavia al giudice di verificare, anche d'ufficio, almeno ogni sei mesi, se sussistono le condizioni per mantenerle in esecuzione. In altre parole, un termine di durata non è previsto, ma un controllo sui tempi della custodia cautelare è assicurato e tanto è bastato a orientare le sezioni unite della nostra Cassazione³¹ a esprimersi in favore della consegna³². Un bel caso di uso della comparazione a fini direttamente applicativi.

²⁹ Espressione che ancora figura nell'art. 65 del nostro ord. giudiziario.

³⁰ Art. 18 l. nr. 69 del 2005.

³¹ Sent. del 5 febbraio 2007, Ramoci, in CED, RV 235348.

³² Questo il principio di diritto affermato in quella sentenza: «in materia di mandato di arresto europeo, con riguardo alla previsione dell'art. 18 lett. e) della legge 22 aprile 2005, n. 69, ... l'autorità giudiziaria italiana deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con scadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o, in alternativa, alla estinzione della stessa». Nella parte precedente della motivazione la Corte si era premurata di dare conto – con tecnica comparativa – dello stato della normativa tedesca sui termini di durata della custodia carceraria.

Altri esempi atti a illustrare l'uso della comparazione a fini interpretativi vengono dalla tendenza crescente a recepire i contenuti di decisioni emanate dalla Corte EDU, quando queste riguardano ordinamenti diversi da quello italiano. Che la Corte di Strasburgo condanni il Regno Unito, la Romania o la Turchia potrebbe apparire ininfluenza per i giudici italiani. Ma vi sono situazioni in cui – nonostante la diversità degli ordinamenti penali e processuali – quel che Strasburgo dice a “nuora” dev'essere inteso anche da “suocera”³³. È accaduto in tema di diritto dell'imputato prosciolto in primo grado a non essere condannato in appello, se non dopo una riassunzione delle prove a suo carico. La circostanza che la Corte EDU si fosse espressa in favore di tale diritto (desumibile dall'art 6 CEDU), ha indotto a un certo punto anche la nostra Corte di cassazione ad allinearsi a quell'orientamento³⁴, benché la legge processuale non contenesse alcun cenno al riguardo³⁵.

La situazione politico-costituzionale nella quale siamo oggi immersi ci porta quasi forzatamente a conoscere dettagli di ordinamenti stranieri che non lasciano indifferenti né gli studiosi, né i pratici del diritto. Ogni volta che gli studiosi, i magistrati, gli avvocati leggono una sentenza della Corte EDU o della Corte di giustizia UE apprendono qualcosa degli ordinamenti con i quali abbiamo relazioni mediate da fonti sovranazionali. È cambiato lo scenario. La comparazione (sincronica) è divenuta elemento essenziale

³³ L'attenzione ai principi della CEDU e alla corrispondente giurisprudenza della Corte EDU esige un approccio comparatistico, in quanto implica sovente l'attitudine a spostare il proprio punto di vista, assumendo quello dello Stato (straniero) chiamato in giudizio. Si può dire che la giurisprudenza della Corte EDU è ottima palestra di comparazione. Infatti, i processualisti che si sono cimentati con i principi della Convenzione europea dei diritti umani e con la correlativa declinazione giurisprudenziale sono stati “naturalmente” esposti allo straniamento tipico della cultura comparatistica: valga per tutti l'esempio di M. CHIAVARIO che, già con la sua prima monografia (*La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materie penale*, Giuffrè, Milano 1969) può essere considerato un pioniere della comparazione processuale penale in ambito italiano.

³⁴ Cass. Pen. SS. UU., 6 luglio 2016, Dasgupta in CED, Rv. 267488. In motivazione si citano alcuni precedenti, tutti relativi a ordinamenti stranieri: Corte EDU 3. sezione, 8 luglio 2013, Manolachi c. Roumanie; Corte EDU, 3. sezione, 5 novembre 2011, Dan v. Moldova; Corte EDU, 1. sezione, 27 giugno 2000, Costantinescu v. Romania. Essendosi limitata a citare questi precedenti, non è dato capire in che misura la Corte di cassazione abbia “ragionato” comparativamente, nel tentativo di comprendere se le condanne inflitte a Moldavia e Romania esponessero anche la normativa italiana a una possibile censura sulla rinnovazione del dibattimento in appello. Tuttavia, considerata la conclusione cui essa perviene nell'affermare il principio di diritto, dobbiamo supporre che quel ragionamento sia stato fatto, restando poi inespresso nel testo della sentenza.

³⁵ La normativa processuale italiana è stata successivamente adeguata ai *dicta* della Corte di Strasburgo, recepiti dalle Sezioni Unite nella sentenza citata alla nota precedente: cfr. art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., novellato da art. 1 comma 58 l. nr. 103 del 2017.

nella formazione del giurista positivo contemporaneo. Sarà ancora prezioso (soprattutto sul piano metodologico) il contributo dei “comparatisti *tout court*”. Spetta però ai cultori degli altri settori disciplinari di diritto positivo aprirsi alla comparazione, quanto meno nell'intento di osservare e sorvegliare il processo di armonizzazione che da tempo sta interessando i Paesi europei sotto il segno della Convenzione europea dei diritti umani e del Trattato di Lisbona.

C'è, in conclusione, una duplice ragione che spinge a coltivare lo spirito di comparazione.

La prima ragione è quella, per così dire, tradizionale. Si radica nella passione intellettuale e nella nostra personale curiosità su “come vanno le cose” in altri ordinamenti con i quali riteniamo proficuo confrontarci, per metterci in quella posizione di straniamento capace di farci meglio comprendere le regole e gli istituti del nostro ordinamento: questo vale per la comparazione sia diacronica, sia sincronica e resta un *optional* per il giurista di diritto positivo.

La seconda ragione sta nell'esigenza di osservare e sbrogliare gli intrecci che caratterizzano i rapporti fra sovranità statali nel contesto della “grande” e della “piccola” Europa: questo vale per la sola comparazione sincronica e dovrebbe rientrare nel bagaglio teorico e metodologico di ogni aggiornato cultore di Procedura penale.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Vincenzo Zeno-Zencovich

Un diritto comparato dialogante

SOMMARIO: 1. Un monopolio sapienziale? – 2. (*Comparative*) law in the books/ (*Comparative*) law in action – 3. La comparazione giuridica come disciplina pluralista – 4. Uno sguardo diverso.

1. *Un monopolio sapienziale?*

Il comparatista, che è mosso dallo stimolo intellettuale del “perché?”, necessariamente trae insegnamenti dai ricchi saggi presentati in questo volume. Insegnamenti in primo luogo per la propria disciplina e che forse, dopo la loro sedimentazione ed elaborazione, potranno contribuire a farla avanzare nella direzione di una migliore comprensione dei fenomeni giuridici e della loro evoluzione.

La circostanza che tanti giuristi, cultori di materie positive, utilizzino la comparazione non deve sorprendere. Per un verso, come ben sappiamo, confrontare è una innata funzione intellettuale che si sviluppa in tutti gli esseri umani sin dalla nascita. Di certo non ne sono stati dotati solo i comparatisti “doc”. D'altra parte, occorre notare che i giuristi italiani da oltre trent'anni sono esposti, nella loro formazione iniziale e poi nell'ambiente accademico, da incontri e fors'anche scontri, con i cultori del diritto comparato.

La differenza è evidente se solo guardiamo ad altre culture giuridiche della tradizione occidentale, dove l'esposizione alla comparazione negli anni di studio è casuale e ridotta, come pure lo è la presenza di studiosi incardinati nelle facoltà di diritto. E così come il comparatista non arretra di fronte a territori che non rientrano nella sua *expertise*, non bisogna sorprendersi se altri giuristi fanno lo stesso nei confronti del diritto comparato.

L'ipotesi è che quest'ultimo non sia più monopolio sapienziale di coloro che sono cresciuti in un certo contesto scientifico ricevendo il titolo con l'afferenza all'apposito settore scientifico disciplinare, bensì sia una attitudine diffusa nella cultura giuridica italiana, in taluni ambiti più che in altri, ma che è ineludibile. Del che non si può fare a meno di rallegrarsi, almeno da parte di chi non crede nella torre d'avorio dello studioso e ha una naturale vocazione per le contaminazioni.

2. *(Comparative) law in the books/ (Comparative) law in action*

Questa contaminazione porta a evidenziare una, almeno apparente, aporia. Da quasi un secolo i comparatisti sottolineano sempre lo iato fra la *law in the books* e la *law in action*.

Forse è necessario applicare lo stesso discrimine alla “comparative law” di cui, nei libri degli specialisti, viene fornita una visione/versione assai diversa di come è praticata nella realtà? Mettendo in disparte i paradossi, la diffusione (qualcuno potrebbe parlare di successo) del diritto comparato fuori dai confini disciplinari sollecita una meditata riflessione.

In primo luogo, sulla identità del diritto comparato. In secondo luogo, sulla sua capacità di rappresentarsi all'esterno: sono i non-specialisti che non capiscono (non vogliono capire) la peculiarità del metodo e degli obiettivi della comparatistica? Oppure è quest'ultima ad atteggiarsi a disciplina di *élite*, inafferrabile per i profani? In terzo luogo, sugli effetti che la pratica diffusa della comparazione ha sul sapere giuridico, il quale si alimenta da diverse fonti (storia, filosofia, politica, funzionalismo, tecnica, ecc.), comprese le esperienze di altri ordinamenti. Infine riporta il dibattito sulla mai sopita questione della comparazione come disciplina o come metodo.

Premesso che i due aspetti sono intrecciati, il mettere l'accento prevalentemente sulla seconda prospettiva porta a negare (o, quantomeno, a fortemente dubitare) che possa qualificarsi come diritto comparato quello praticato in mancanza di un metodo. Chi invece preferisce un approccio gius-realista è portato a ritenere che è diritto comparato (almeno) quel che così si autodefinisce, anche quando le metodologie praticate appaiono dubbie se non malferme. Si appalesano così convergenti preoccupazioni: da un lato evitare una sterile rivendicazione di “purezza”; dall'altro evitare che tutto possa qualificarsi come comparazione, con dissoluzione della disciplina. Un approccio equilibrato potrebbe essere basato su un reciproco riconoscimento fra studiosi della porosità dei saperi giuridici. Se ai comparatisti è naturale accedere ad altre discipline per studiarle o utilizzarle come oggetto di confronto, così al non-comparatista deve essere aperta l'opportunità di attingere al vario strumentario di questa disciplina.

3. *La comparazione giuridica come disciplina pluralista*

L'ultima conclusione posta a sviluppare ulteriormente la riflessione avviata

alcuni anni fa da Jürgen Basedow sulla adattabilità del diritto comparato ai vari contesti e alle varie esigenze¹. È possibile affermare che vi sono almeno quattro “luoghi” dove si fa comparazione giuridica: questi “luoghi” sono l'accademia, i corsi universitari, la giurisdizione, i procedimenti legislativi. È ovvio che il comparatista “puro” predilige la prima opzione. Ma, come si è accennato, essa rischia di auto-confinarsi nella *comparative law in the books*.

È fisiologico, e direi doveroso, che il comparatista “puro” ammonisca su alcuni difetti emergenti negli altri settori (in particolare quando taluni giudici si avventurano impreparati in ordinamenti stranieri con risultati spesso inattendibili; oppure quando nel *law-making process* si indicano esempi stranieri da seguire non comprendendo né testo, né contesto). E tuttavia ben poca utilità avrebbe chiudersi nella cittadella del sapere accademico (peraltro non priva di guerre intestine) rinunciando al dialogo e, ove possibile, alla guida di processi fondamentali nella costruzione di un ordinamento giuridico. Se dunque appare più corretto articolare contenuti e metodi comparatistici in relazione alla sede ove essi si esprimono, è giocoforza ammettere che quando la comparazione venga posta in essere da studiosi di diritto positivo essa possa articolarsi in maniera peculiare. Solo per illustrare due esempi ben scolpiti in saggi contenuti nel presente volume, la comparazione nel diritto amministrativo necessariamente sarà portata a confrontarsi con la scienza dell'amministrazione e con la storia della sua organizzazione. Mentre nel campo del diritto ecclesiastico il vasto e fecondo terreno delle religioni comparate costituisce un indefettibile *prius*.

4. *Uno sguardo diverso*

L'approccio del diritto comparato è quello di spogliarsi, il più possibile, di categorie concettuali ed ordinanti del proprio ordinamento, per poter guardare senza pre-giudizi agli altri, squarciando il velo di supposti dogmi e costruzioni retoriche. Il comparatista è consapevole che non esiste una sola visione di un ordinamento oppure di un istituto, ma la sua reale consistenza è data da una molteplicità di sfaccettature poste in essere dai tanti attori della scena giuridica: legislatori, giudici, amministratori, cittadini, imprese, accademici, media. Il suo obiettivo non è quello di fornire una immagine autentica, bensì una immagine attendibile e adattabile ai contesti.

Quando dunque ci si imbatte in studiosi specialisti in una certa disciplina

¹ J. BASEDOW, *Comparative law and its clients*, in 62 *Am J. Comp. L.*, 2014, p. 821 ss.

i quali si cimentano in analisi comparatistiche, anche tale rappresentazione fa parte del reale giuridico, da tenere in considerazione e da cui trarre elementi di maggiore comprensione del fenomeno.

Dunque, anche sotto tale aspetto dobbiamo essere grati agli amici che hanno accettato l'occasione di dialogo, cui si confida ne seguiranno altre, altrettanto stimolanti.

Alessandro Somma

Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo

SOMMARIO: 1. Il successo del diritto comparato e i dilemmi dei suoi cultori – 2. Comparazione come metodo vs comparazione come scienza – 3. Come unire e come dividere: i metodi del diritto comparato – 4. Comparazione scienziata e comparazione impegnata – 5. Diritto positivo, sistemologia e genealogia – 6. Classificazione dei sistemi e dimensione nazionale del diritto – 7. Funzione sovversiva del diritto comparato? – 8. A mo' di conclusione: sulle tensioni tra comparazione e diritto europeo.

1. Il successo del diritto comparato e i dilemmi dei suoi cultori

In un mondo sempre più segnato dall'intreccio delle esperienze giuridiche, la comparazione ha assunto un ruolo oramai centrale nell'insegnamento e nella ricerca. I raffronti sono all'ordine del giorno, e coinvolgono gli ordinamenti nazionali così come quelli riferibili a contesti trascendenti la dimensione nazionale: ordinamenti riconducibili agli Stati, internazionali e sovranazionali, così come ordinamenti di fonte privatistica, infranazionali o transnazionali. E lo stesso vale per lo studio di singole esperienze giuridiche, la cui illustrazione a beneficio di una platea diversa da quella dei suoi appartenenti implica se non altro un ricorso almeno implicito ai raffronti¹.

A queste condizioni i cultori del diritto comparato possono forse rivendicare una primogenitura nel ricorso alla pratica dei raffronti, ma non certo una esclusiva. I raffronti, con intensità variabile ma comunque rimarchevole, sono invero ricorrenti in tutte le discipline coincidenti con le diverse partizioni del diritto positivo. Lo sono in quelle più tradizionali, dove le ricerche incentrate sul diritto interno sono ora considerate carenti e in qualche modo irrispettose dello statuto epistemologico della materia, e a maggior ragione in quelle di più recente identificazione: se non altro in

¹ Non pochi giuscomparatisti sono soliti tracciare una netta distinzione tra diritto comparato e diritto straniero. Questa può però essere sostituita da quella fra comparazione condotta secondo canoni corretti, anche se volta a ricostruire una singola esperienza giuridica, e comparazione difettosa: ad es. U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, München 2015, p. 2 s.

quanto il loro riconoscimento come scienze autonome è avvenuto con il contributo determinante della comparazione.

Per molti aspetti si potrebbe dire che il successo del diritto comparato è tale da mettere in discussione la sua identificazione quale autonomo campo del sapere giuridico: come se la sua pratica avesse rappresentato una sorta di provocazione, cui i cultori del diritto comparato amano del resto alludere nel momento in cui evocano la funzione sovversiva della loro materia, di cui ora non si sente più il bisogno. Il che non stupisce, trattandosi di una situazione comune alle discipline in cui il ricorso alla comparazione appartiene fin da subito al loro statuto epistemologico, o in alternativa si è nel tempo definitivamente affermato. In quelle discipline, tra le quali spiccano la sociologia e la storia, il rifiuto di riconoscere alla comparazione la dignità di scienza autonoma indica una piena e definitiva assunzione del relativo approccio allo studio della materia, e non anche la volontà di emarginarlo: esprime il convincimento per cui «la comparazione è tacito fondamento delle scienze sociali contemporanee»².

Il quadro dal quale ricavare il radicamento della comparazione entro il sapere giuridico è tuttavia più complesso di come appare. Possiamo sicuramente rilevare una diffusione di studi di carattere microcomparatistico, incentrati su singoli istituti o comunque su specifici aspetti delle discipline di volta in volta considerati dai cultori del diritto positivo. Lo stesso non vale però per le ricerche di ordine macrocomparatistico, quelle utili a identificare la famiglia di sistemi cui ricondurre l'ordinamento di cui si indaga uno specifico aspetto, ricavando così una serie di implicazioni senza doverle direttamente approfondire³. Neppure vale per la costruzione dello strumentario utilizzato nelle analisi in cui rileva, più che la classificazione di un ordinamento connessa all'identificazione delle analogie e differenze riscontrate in ordine a specifici aspetti, la descrizione del movimento da cui queste hanno preso corpo: ovvero le analisi in cui si prendono in considerazione le modalità della mutazione giuridica e dunque le dinamiche della circolazione dei modelli da un punto di vista genealogico⁴, anch'esse

² A. PIRNI, *Sociologia e comparazione. Alla ricerca dello spazio istituzionalizzato*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2020, p. 155.

³ I confini tra microcomparazione e macrocomparazione, per quanto mobili, sono sufficientemente nitidi: per tutti M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II ed., C.H. Beck, München 1987, p. 31 ss.

⁴ Su cui ad es. A. SOMMA, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1217 ss.

condotte dai cultori del diritto positivo ricorrendo a strumenti mutuati dai cultori del diritto comparato.

Più in generale si deve ai giuscomparatisti la messa a punto delle modalità attraverso cui condurre i raffronti, la cui definizione è di norma assente dall'orizzonte di studio dei cultori del diritto positivo. Non si può infatti concordare con chi ritiene che le scienze impegnate a riflettere sul loro metodo sono «malate» esattamente come «gli uomini che si tormentano con l'introspezione»⁵: quella del raffronto è un'arte complessa, che indubbiamente può essere ridotta a un insieme di indicazioni usufruibili dai più, ma che presuppone riflessioni articolate e costantemente bisognose di essere verificate alla luce di quanto emerge nel campo delle scienze sociali e umane⁶.

Insomma, se la comparazione giuridica riscuote ora un notevole successo, questo non mette fuori gioco i comparatisti, se non altro in quanto punto di riferimento per l'elaborazione delle coordinate sistemologiche e metodologiche a partire dalle quali condurre i raffronti. Del resto, se il diritto comparato «non è un corpo di regole e principi» bensì «un modo di guardare ai problemi giuridici, alle istituzioni giuridiche e ai sistemi giuridici nel loro insieme»⁷, i suoi cultori possono vantare una competenza specifica in ordine alla «preparazione del terreno» a beneficio dei «giuristi che utilizzeranno, semplicemente, la comparazione»⁸. I giuscomparatisti non possono tuttavia fare lo stesso in ordine al raffronto tra diritti positivi, la cui pratica costituisce l'occupazione specifica dei suoi cultori, come detto oramai consapevoli della sua centralità.

Con ciò non si vogliono però identificare steccati entro cui promuovere un approccio autoreferenziale a specifiche porzioni dello studio del fenomeno diritto. Si vuole al contrario rimarcare come questo sia una intrapresa necessariamente collettiva anche e soprattutto perché necessita di combinare diversi punti di vista e diverse sensibilità disciplinari, che occorre sicuramente riconoscere nella loro specificità ma altrettanto sicuramente nella loro parzialità. Di qui l'imprescindibilità di un dialogo tra cultori del diritto positivo e cultori del diritto comparato, esattamente come tra questi e i cultori della storia del diritto, della sociologia del diritto,

⁵ G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, IX ed., K.F. Koehler, Stuttgart 1952, p. 242.

⁶ Citazioni in A. SOMMA, *Comparare è giudicare*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENOVICH (a cura di), *Comparare*, cit., p. 241 ss.

⁷ R.B. SCHLESINGER et al., *Comparative Law. Cases text materials*, VI ed., Foundation Press, New York 1998, p. 2.

⁸ Già R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (1978), III ed., Cedam, Padova 1980, p. 10.

della filosofia del diritto e delle materie in genere non qualificabili in termini di diritti positivi: materie come è noto tradizionalmente in dialogo con la comparazione giuridica⁹.

Ovviamente il dialogo tra saperi parziali richiede il riconoscimento di una pari dignità in capo a coloro i quali vi prendono parte, che spesso non viene testimoniata o almeno non oltre le mere affermazioni di facciata: talvolta per un senso di superiorità dei cultori del diritto positivo, talaltra per forme di arroccamento dei giuscomparatisti impegnati a difendere i confini della loro materia. Non è però più tempo di chiusure, tanto più che queste si sono oramai appalesate come il portato di una organizzazione burocratica del sapere accademico sempre più dannosa per il progredire delle conoscenze attorno al fenomeno diritto.

2. *Comparazione come metodo vs comparazione come scienza*

Prima di concentrarci sulle potenzialità del dialogo tra cultori del diritto positivo e giuscomparatisti che emergono dai contributi raccolti in questo volume, occorre dire di un tema attorno al quale i secondi amano spendere numerose riflessioni: la qualificazione del loro sapere in termini di scienza e il conseguente rifiuto di considerarla un semplice metodo. Tema anche questo interessato da dinamiche prettamente accademiche, se non altro in quanto una simile qualificazione costituisce un presupposto per la creazione di insegnamenti dedicati, ma non per questo privo di notevole interesse dal punto di vista culturale.

Di questi aspetti ci siamo appena occupati per rimarcare come nelle scienze umane e sociali il mancato riconoscimento della comparazione come autonomo campo del sapere non prelude al ridimensionamento del suo ruolo: indica al contrario la consapevolezza di quanto il suo impiego sia un punto di riferimento radicato e imprescindibile. Va peraltro detto che la comparazione privata della dignità di scienza viene valutata alla stregua di un metodo, il che stride con quanto i giuscomparatisti amano ripetere: che il loro campo del sapere non costituisce un semplice metodo proprio perché

⁹ Superfluo ricordare i motti «history involves comparison» e «comparison involves history», il primo coniato da F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written* (1888), in H.A.L. FISHER (a cura di), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, I, Cambridge University Press, Cambridge 1911, p. 488, e il secondo da G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 930.

si può farne uso ricorrendo a una pluralità di metodi¹⁰.

Non solo. Considerando il diritto comparato alla stregua di un metodo si finisce per degradarlo a «mera tecnicità»¹¹: a fredda misurazione di comunanze e differenze, in quanto tale effettivamente passibile di essere condotta secondo modalità univoche o comunque discutibili dal solo punto di vista della loro corretta applicazione. E questo non è a ben vedere il fine di molti tra i giuristi che, soprattutto in passato, hanno fatto leva sulla distinzione tra diritto positivo e diritto comparato per ritenere il secondo «primariamente un metodo»¹². Sono infatti gli stessi giuristi che sottolineano come la comparazione completi la conoscenza storica del diritto intesa come conoscenza allargata a «manifestazioni giuridiche parallele»: al «sorgere, svilupparsi, decadere o resistere delle singole istituzioni presso i vari popoli»¹³. O che in alternativa accostano la comparazione allo studio sociologico del diritto, in quanto tale volto a indagare le soluzioni effettivamente adottate dai diritti vigenti, ovvero a considerare «non solo l'osservanza ma anche l'inosservanza della legge»¹⁴.

Anche nelle scienze sociali e umane diverse dal diritto, nella quali è tuttora ricorrente l'accostamento della comparazione al metodo, questo non appare il preludio di una sua riduzione a mera tecnicità: non implica la credenza secondo cui vi sia un solo modo di condurre raffronti e deve pertanto essere relativizzato. Diffuso è infatti il convincimento che, sebbene non sia elevata al livello di una scienza, la comparazione «non occupi il medesimo posto degli altri metodi»: che sia una «strategia di ricerca», in quanto tale interessata dai medesimi problemi della ricerca sociale in genere, e che dunque non siano possibili indicazioni univoche circa il modo di condurla. Comparare significa anzi assumere un punto di vista che impone un ampliamento della dimensione spazio temporale, con ciò evidenziando una molteplicità di profili problematici altrimenti scarsamente visibili,

¹⁰ Per tutti G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford etc. 2014, p. 13 s.

¹¹ G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique* (2016), Elgar, Cheltenham etc. 2019, p. 40.

¹² R. SCHLESINGER et al., *Comparative Law*, cit., p. 2 (la I ed. dell'opera è del 1950). Anche O. KAHN-FREUND, *Comparative law as an academic subject*, in 82 *Law. Quart. Rev.*, 1966, p. 41.

¹³ F. MESSINEO, *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1931, p. 14 s.

¹⁴ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato* (1949), in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, p. 41 s. Anche ID., *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), *ivi*, p. 12.

perché occultati dalla dimensione municipale della ricerca¹⁵.

Che la comparazione sia semplicemente un metodo, viene sostenuto soprattutto nell'ambito dei saperi che la considerano un surrogato dell'esperienza: una modalità per verificare, attraverso raffronti tra oggetti considerati assimilabili, le ipotesi formulate dallo studioso. È questo l'approccio tradizionale della linguistica comparata, sorta nel corso dell'Ottocento per operare raffronti tra le lingue indoeuropee mettendo in luce, oltre ai nessi lessicali, anche quelli sul piano grammaticale e morfologico: per tale via si iniziò a ricostruire la protolingua delle lingue indoeuropee, lingua preistorica estinta senza lasciare testimonianze¹⁶. Nel tempo le cose si sono però modificate: si continua a promuovere l'utilizzo della comparazione come surrogato dell'esperienza, ma si richiede tuttavia di differenziare il metodo comparativo dall'interpretazione dei risultati acquisiti per il suo tramite. Si precisa poi che l'interpretazione deve sopperire ai vizi prodotti dalla visione distorta che il metodo comparativo fornisce della mutazione linguistica¹⁷. E ciò equivale ad ammettere che quel metodo è destinato a combinarsi con altri approcci, quindi a generare una pluralità di metodi, tutti ricavati dalla pratica del raffronto, da condurre tuttavia secondo schemi non riducibili a unità.

Quest'ultima conclusione viene esplicitata in altre scienze sociali che utilizzano la comparazione. Nella scienza politica, ad esempio, si parla del «metodo comparativo» come di uno strumento con cui «identificare meccanismi di causa effetto», per poi «spiegare i fenomeni osservati attraverso i fattori che li influenzano con una certa regolarità»¹⁸. Il metodo comparativo viene però diffusamente analizzato nella sua combinazione con altri metodi, dando vita così a una sorta di catalogo di metodi comparativi legati ad altrettanti approcci alla materia¹⁹. Similmente nell'economia comparata si mostra di ritenere la comparazione un metodo, che deve tuttavia coordinarsi con diversi «criteri per la valutazione delle economie»²⁰, generando così una pluralità di opzioni metodologiche.

¹⁵ C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, La Découverte, Paris 2005, p. 16 ss.

¹⁶ Per tutti J. CLACKSON, *Indo-European linguistics: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 2007, p. 1 ss.

¹⁷ A. FOX, *Linguistic Reconstruction. An Introduction to Theory and Method*, Oxford University Press, Oxford 1995, p. 137 ss.

¹⁸ S. VASSALLO, *Politica comparata*, in ID. (a cura di), *Sistemi politici comparati*, II ed., Il Mulino, Bologna 2016, p. 23.

¹⁹ Ad es. D.-L. SEILER, *La méthode comparative en science politique*, A. Colin, Paris 2004, p. 45 ss.

²⁰ J.B. ROSSER jr. e M.V. ROSSER, *Comparative Economics in a Transforming World Economy*, III ed., Mit Press, Cambridge Mass. etc. 2018, p. 17 ss.

Insomma, se anche si nega alla comparazione la dignità di scienza, ed eventualmente la si riduce a metodo, ciò non porta a conclusioni diverse da quelle cui giungono i giuscomparatisti: vi sono più modi di condurre i raffronti.

Lo stesso sembra ricavarsi dalle riflessioni dei giuristi positivi, presso i quali è ricorrente l'indicazione secondo cui la comparazione costituisce un metodo. Esemplificativo lo stato dell'arte nel diritto commerciale, dove è risalente l'affermazione che «non esiste e non può esistere un diritto comparato», e che pertanto si può unicamente «parlare di metodo comparato nello studio dei problemi giuridici»²¹. Questa affermazione si deve infatti leggere alla luce della precisazione altrettanto risalente che la comparazione «rientra tra le discipline storiche e sociologiche», il che evidentemente basta a chiamare in causa l'esistenza di più modi di condurre i raffronti, sebbene tutti accomunati dalla loro alterità rispetto a quelli in uso negli «studi di dogmatica giuridica»²². Il tutto ripreso nel contributo che in questo volume è dedicato alla disciplina, dove si discute di «metodo comparatistico» e nel contempo lo si reputa relativo all'impiego di tecniche di analisi dell'esperienza giuridica, incluse quelle volte a denunciare «le precomprensioni e quant'altro di colui alla cui comparazione ci si affida» (Cariello): tecniche come si intuisce incapaci di essere racchiuse entro i confini di una prospettiva metodologica unitaria.

Stesso discorso per il diritto amministrativo, entro cui la comparazione viene presentata come «approccio metodologico» concernente la trattazione di «complesse questioni teoriche e culturali» (Napolitano): si allude con ciò all'assunzione di una pluralità di punti di vista tutti finalizzati a superare il metodo scientifico di impronta pandettistica «nella direzione di un più pronunciato realismo giuridico» (De Lucia), non per questo riducibile a un paradigma univoco. Così come per il diritto del lavoro, nel quale i riferimenti al «metodo comparato» sono pensati in combinazione con i paradigmi politico normativi succedutisi nelle varie fasi della disciplina (Gaeta), e per diritto e religione: dove si sottolinea il ruolo del «background culturale» dello studioso (Martinelli) ma anche l'«elemento di complessità» introdotto «nelle dinamiche e nella geometria della scienza comparata» dal «fattore religioso» (Mazzola). E per il diritto penale, i cui cultori discutono

²¹ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., p. 41 s. Sulla figura di Tullio Ascarelli comparatista, da ultimo M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Plank Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018, p. 219 ss.

²² T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 12.

di un metodo comparatistico strumentale «con funzione anche valutativa e politica» (Donini), che in quanto tale non si presta certo a essere declinato in modo univoco.

3. *Come unire e come dividere: i metodi del diritto comparato*

Se il diritto comparato, anche per coloro i quali non lo reputano una scienza autonoma, può essere praticato ricorrendo a una pluralità di metodi, è allora opportuno fornire alcune indicazioni su quelli più utilizzati. Questo aspetto è tra i meno approfonditi dai cultori del diritto positivo, il che non stupisce: il suo studio si annovera tra le tematiche sulle quali i cultori del diritto comparato possono vantare competenze e conoscenze specifiche²³. Ciò non legittima però i secondi a operare in assenza di confronto con i primi: le acquisizioni dei giuscomparatisti devono essere verificate sul campo, in dialogo con chi concentra la sua attenzione sul diritto positivo a partire da indagini fondate sui raffronti.

Prima di dedicarci al tema, è opportuno precisare che i metodi della comparazione giuridica non possono essere valutati come più o meno appropriati in termini assoluti. Se una valutazione potrà farsi, dovrà orientarsi alle finalità che si propone l'autore del raffronto: in particolare esaltare le differenze, o al contrario sottolineare le analogie degli oggetti messi a confronto. Rispetto a queste finalità vi sono cioè metodi adatti a realizzare una comparazione che divide, di tipo identitario, e metodi più consoni invece a una comparazione che unisce, orientata all'uniformazione.

Il ricorso a un simile schema sembra pacifico per le scienze storiche, dove si assume che esse possono essere praticate ricorrendo a più modalità, tutte in buona sostanza riconducibili al proposito di ottenere ricostruzioni «generalizzanti», o in alternativa «individualizzanti»²⁴. Lo stesso non viene esplicitato per il diritto comparato, sebbene risulti almeno implicito nel rilievo che la comparazione, al pari di ogni discorso intorno al diritto, esprime inesorabilmente l'indirizzo culturale del suo autore: «anche se il mestiere del comparatista non è giudicare, comparare è sempre giudicare»²⁵.

Per documentare l'opportunità di discutere dei metodi della comparazione

²³ Per tutti P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham etc. 2012.

²⁴ Ad es. H. KAEUBLE, *Der historische Vergleich. Eine Einführung zum 19. und 20. Jahrhundert*, Campus, Frankfurt M. etc. 1999, p. 25 ss.

²⁵ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Puf, Paris 1999, p. 56 s.

in connessione con l'agenda dello studioso che vi ricorre, e in particolare con il proposito di promuovere l'assimilazione o la differenziazione degli oggetti del raffronto, possiamo muovere dalla letteratura sociologica che ha approfondito questi aspetti in termini generali, ovvero con riferimento alla comparazione in quanto tale. Possiamo cioè prendere spunto da chi analizza la struttura logica della comparazione, ridotta nella sua essenza di «confronto degli stati di due oggetti su una proprietà»²⁶.

Ebbene, esaltando il profilo delle proprietà si otterrà facilmente una comparazione che unisce perché scarsamente attenta alla dimensione spazio temporale degli oggetti. Se invece si concentrerà l'attenzione su questi ultimi, ovvero sul contesto in cui essi sono calati, le differenze emergeranno con forza maggiore e si produrrà così una comparazione idonea a dividere. Di qui l'utilità di discutere di metodologia dei raffronti dal punto di vista dei due esiti opposti appena indicati, e in particolare di teoria dei formanti e di analisi funzionale, di interesse per chi intenda operare raffronti unificanti, e di comparazione postmoderna, cui ricorrere ove si miri invece a realizzare raffronti identitari²⁷.

Soprattutto in area italiana i cultori del diritto comparato hanno sviluppato la loro critica al positivismo ricorrendo alla teoria dei formanti. Questi sono le diverse componenti del diritto, i «vari tipi di regola e di proposizione» che sono «tenuti distinti nel discorso del giurista, il quale parla di norme legali, proposizioni dottrinali, regole giurisprudenziali, ecc.». Quelle componenti sono di norma riconosciute dai cultori del diritto interno, i quali tuttavia le analizzano nel rispetto del principio dell'unicità della regola del diritto, ovvero preservando la coerenza interna al sistema. Registrano cioè la pluralità di letture che di un testo legislativo possono essere fornite, ma finiscono poi inesorabilmente per esercitarsi nell'individuazione dell'unica lettura ritenuta corretta. Parlando di formanti il comparatista intende allora sottolineare il suo diverso approccio all'analisi delle componenti del diritto: rileverà l'eventuale incoerenza tra di esse, e in tal senso concentrerà la sua attenzione sulla dissociazione tra formanti²⁸.

La rottura prodotta dalla teoria dei formanti rispetto a quanto costituisce il fondamento ideale del positivismo giuridico è dunque evidente. E tuttavia essa non può andare esente da critiche, in quanto induce a coltivare un approccio scienziata tipico delle correnti di pensiero che

²⁶ A. MARRADI, *Introduzione all'edizione italiana*, in N.J. SMELSER, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Il Mulino, Bologna 1982, p. 13.

²⁷ Per tutti R. FIDELI, *La comparazione*, F. Angeli, Milano 1998.

²⁸ R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino 2019, p. 55 ss.

intende combattere, in ultima analisi riconducibile alla sua combinazione con lo strutturalismo, ovvero con un approccio che conduce a trascurare il dato storico. Invero le strutture sono tali in quanto «sopravvivono in condizioni economiche, sociali e politiche molto differenti» e «ciò significa che esse molto difficilmente possono riflettere in modo adeguato il sistema di potere o il sistema economico sottostante»²⁹. Tanto che il teorico della «dottrina pura del diritto» ben può essere ritenuto uno strutturalista *ante litteram*, il quale affidava oltretutto proprio alla comparazione il compito di identificare l'essenza del diritto in quanto fenomeno dissociato dalle sue coordinate di spazio e di tempo³⁰. Detto questo, la teoria dei formanti resta un metodo appropriato per chi intenda operare raffronti esaltando il profilo delle identità, e nel contempo contribuire al superamento del positivismo in quanto approccio incompatibile con uno sguardo comparatistico sul fenomeno diritto.

Stesso discorso per l'analisi funzionale, utilizzata soprattutto in area tedesca per contrastare l'ortodossia teorica dei cultori del diritto positivo conducendo raffronti a partire da domande poste in termini fattuali e non concettuali: le soluzioni tecnico giuridiche possono infatti essere differenti da quelle contemplate dal «sistema concettuale tipico del proprio sistema di diritto»³¹. I fautori di questo metodo aggiungono però la precisazione per cui, se anche presentano «differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico teorica e nello stile delle applicazioni pratiche», ordinamenti giuridici diversi adottano soluzioni in tutto e per tutto assimilabili: tanto da autorizzare il comparatista a muovere dalla «presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche»³².

Non solo. I fautori del metodo funzionale reputano opportuno condurre raffronti unicamente tra regole che assolvono alla medesima funzione: una limitazione insostenibile, che oltretutto fa apparire come una verità autoreferenziale la presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche, e come un esito inevitabile l'esaltazione delle comunanze come finalità del raffronto. Di qui la conclusione che il metodo funzionale costituisce forse un «approccio avanzato» alla comparazione giuridica, tuttavia nell'ambito

²⁹ A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, II ed., Georgia University Press, Athens etc. 1993, p. 107.

³⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 1967, p. 173.

³¹ K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* (1984), I, Giuffrè, Milano 1998, p. 37 ss.

³² K. ZWIEGERT, *Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in AA.VV., *Scopi e metodi del diritto comparato*, Cedam etc., Padova etc. 1973, p. 737 s.

di una sua declinazione in senso «tradizionale»: trascura il contesto in cui è calato il fenomeno diritto, o comunque lo considera limitatamente alla sua funzione³³, tanto da ridursi a valorizzare i soli concetti e smentire così le premesse a partire dalla quali è stato concepito³⁴. Ciò peraltro non toglie che l'analisi funzionale sia un metodo particolarmente adatto a chi intenda ricorrere ai raffronti per promuovere uniformità e convergenza, e a farlo con modalità alternative a quelle promosse dall'ortodossia teorica.

Detto questo, la comparazione unificante realizza un travisamento del significato etimologico di «comparazione», che implica il mettere alla pari, tuttavia non per rendere omogeneo, bensì per consentire la «coesistenza pacifica di quanto viene considerato uguale». Il tutto preservando le differenze tra gli oggetti analizzati³⁵: i raffronti devono fare emergere «la singolarità nella quale ciascun diritto è sempre già inscritto», se non altro perché «la differenza riconosciuta è la condizione di qualsiasi incontro autentico»³⁶. La comparazione giuridica deve cioè assumere i contorni di un raffronto tra discorsi attorno al diritto unici e contingenti, destinato a concentrarsi sulle vicende da cui quei discorsi derivano la loro alterità e «ambiguità», e a trascurare invece gli elementi da cui si pretendono di ricavare «analogie e parallelismi». Di qui la definizione dell'analisi comparativa come analisi «differenziale», sviluppata a partire dalla constatazione che «il diritto non conosce che la diversità», e che gli ordinamenti giuridici sono «incommensurabili»³⁷.

Va nella medesima direzione l'invito ad assumere la tutela dell'identità a motivo ispiratore dei raffronti: come esplicitato da chi pratica la comparazione giuridica postmoderna nella sua essenza di metodo contestualista contrapposto in particolare al metodo funzionale³⁸.

Il fine ultimo è il contrasto di quanto incarnato dal progetto della modernità e dalle sue tensioni unificanti, in ultima analisi volte alla forzata standardizzazione delle relazioni umane: ciò che nella terminologia weberiana si definisce in termini di «schematizzazione coercitiva dell'esistenza»³⁹, e i fautori del postmoderno stigmatizzano come «programmazione della totalità

³³ M. VAN HOECK, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in 47 *Int. Comp. L. Quart.*, 1998, p. 495.

³⁴ G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, cit., p. 54.

³⁵ H.P. GLENN, *The national legal tradition*, in 11 *El. J. Comp. L.*, 2007, p. 15.

³⁶ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, V. ed., Paris, 2015, p. 94.

³⁷ P. LEGRAND, *L'analyse différentielle des juriscultures*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1999, p. 1053 ss.

³⁸ Cfr. T. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della creatività. Verso un approccio flessibile*, in *Ann. dir. comp.*, 2019, p. 185 s.

³⁹ M. WEBER, *Economia e società* (1922), III, Edizioni di Comunità, Torino 2000, p. 85.

sociale»⁴⁰. Di qui la definizione di un'agenda militante per il comparatista, chiamato a evidenziare le diversità contro i tentativi di soffocarle attraverso l'esaltazione delle comunanze, quindi a concentrare l'attenzione sulle «coordinate di tempo e di luogo» e persino sulla «fugacità»: per promuovere «l'identità culturale dei popoli come degli individui», elevando il pluralismo a «valore giuridico»⁴¹. È evidente che il cultore del diritto positivo non dovrà farsi carico delle complessive finalità perseguite dalla comparazione postmoderna, ma è altrettanto evidente che da essa ricaverà indicazioni metodologiche particolarmente utili a produrre raffronti identitari.

Accanto ai metodi finora considerati, se ne può indicare uno diverso, a ben vedere non qualificabile dal punto di vista della sua idoneità a produrre raffronti unificanti o identitari. Il metodo cui facciamo riferimento ha valenza marcatamente antipositivista, in quanto prescrive al comparatista di ritenere giuridiche tutte le regole capaci di orientare lo stare insieme come società, e a monte di prendere in considerazione quali fonti del diritto tutte le entità capaci di esercitare un simile condizionamento. Lo stesso metodo richiede poi di attribuire un significato a quelle regole considerando che non vi può essere corrispondenza biunivoca tra costruzioni tecnico giuridiche e concrete modalità di esercizio di quel potere, se non altro perché l'interpretazione dei precetti è una pratica essenzialmente politica, costitutiva del loro senso⁴². Di qui la fondamentale indicazione di ordine metodologico sia per chi voglia promuovere una comparazione unificante, sia per chi intenda invece confrontare per far emergere le identità: occorre procedere a una dissociazione fra tecniche giuridiche e valori alla cui implementazione quelle tecniche sono rivolte⁴³. Per ricavare così un nesso tra società e diritto, diversamente da quanto avviene in particolare con lo strutturalismo, anche per questo ritenuto affetto da scientismo. Con la precisazione, però, che il nesso deve essere colto sul piano discorsivo come relazione, essenzialmente instabile, tra le tecniche utilizzate dal potere e i valori che il potere intende promuovere attraverso il controllo sul discorso giuridico.

⁴⁰ J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), Feltrinelli, Milano 1999, p. 27.

⁴¹ E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 813 ss.

⁴² Simile la distinzione tra «la struttura di un istituto e la sua reale funzione» cui allude T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., p. 57 s., sebbene senza adottare un punto di vista radicalmente antipositivista come quello proposto nel testo.

⁴³ In economia uno schema assimilabile è stato sviluppato nell'ambito della teoria della regolazione, distinguendo tra il «regime di accumulazione» o modello di crescita alimentato dalle diverse varietà di capitalismo, e la relativa architettura istituzionale o «modo di regolazione»: per tutti R. BOYER, *The Regulation School: A Critical Introduction*, Columbia University Press, New York 1990.

Come si vede, l'ermeneutica qui valorizzata è quella a vocazione nichilista, diversa da quella tradizionale, reputata una mera «teoria della molteplicità degli schemi concettuali»⁴⁴, ovvero che si limita evidenziare la «storicità degli orizzonti di verità». La prima ermeneutica mira infatti a rappresentarsi come pratica intellettuale costitutiva della verità stessa: ovvero che produce «una verità radicalmente storica»⁴⁵. Di qui la differenza rispetto ai cultori del diritto positivo che pure valorizzano l'ermeneutica nell'ambito del loro ricorso alla comparazione: lo vedremo fra breve.

4. *Comparazione scienziata e comparazione impegnata*

Torniamo alla qualificazione del diritto comparato alla stregua di una scienza, per segnalare come essa debba essere valutata alla luce di una polemica sorta attorno all'individuazione degli scopi della materia. Polemica vivace soprattutto negli anni in cui la disciplina lottava per il suo riconoscimento accademico, e dunque alimentata da dinamiche diverse da quelle culturali in senso stretto. Ciò non toglie peraltro che il tema appassioni ancora oggi, e che la sua trattazione abbia implicazioni non secondarie anche per il rapporto tra comparazione e diritto positivo.

Tra i cultori del diritto comparato è usuale comporre elencazioni di specifiche finalità cui la loro disciplina dovrebbe mirare, prime fra tutte quelle concernenti l'unificazione internazionale del diritto o più in generale la convergenza dei diritti nazionali. Quest'ultima finalità è in qualche modo costitutiva della moderna comparazione giuridica⁴⁶, che sorge dunque sotto forma di comparazione che unisce: è la finalità indicata come il principale obiettivo cui devono tendere i raffronti nel corso del celeberrimo congresso parigino tenutosi durante l'Esposizione universale all'alba del ventesimo secolo: quando ai comparatisti si diede il compito di individuare le tendenze diffuse negli ordinamenti con caratteristiche economiche e sociali assimilabili, ovvero accomunati dalla condivisione di un medesimo livello di «civilizzazione giuridica»⁴⁷, al fine di contribuire così a confezionare «il

⁴⁴ P.G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma, Bari 1998, p. 200.

⁴⁵ G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma, Bari 1994, pp. 5 e 9.

⁴⁶ Nella letteratura risalente ad es. H.E. YNTEMA, *Comparative research and unification of law*, in 41 *Mich. L. Rev.*, 1942, p. 261.

⁴⁷ Cfr. D.S. CLARK, *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today*, in 75 *Tul. L. Rev.*, 2001, p. 875 ss.

diritto comune dell'umanità civilizzata»⁴⁸.

Nel tempo ha guadagnato credito l'opinione secondo cui la comparazione doveva tendere all'esaltazione delle differenze: finalità perseguita come sappiamo dai fautori di un approccio postmoderno ai raffronti. È tuttavia la comparazione unificante resta l'orizzonte preferito dei raffronti, magari un orizzonte non dichiarato e almeno apparentemente epurato dalle originarie deviazioni evoluzioniste⁴⁹, ma pur sempre nettamente identificabile come movente del raffronto: lo vedremo tra breve occupandoci di diritto europeo. Non è però questo il punto controverso nelle dispute attorno agli scopi del diritto comparato, bensì la stessa idea che occorra identificare finalità con cui legittimare la materia. Si è infatti autorevolmente osservato che nessuno penserebbe di chiedere all'astronomo quali siano gli obiettivi del suo sapere: l'astronomia ha indubbiamente avuto notevoli applicazioni, avendo contribuito al raggiungimento di traguardi importanti come l'atterraggio sulla luna, e tuttavia le sue fortune non ne hanno mai condizionato la legittimazione come scienza. Proprio questo, si aggiunge, accade invece al diritto comparato, i cui cultori mostrano ritrosie ad affermare che la loro materia semplicemente «soddisfa il bisogno di conoscere»: come se «la speculazione di modelli giuridici su ordinamenti diversi» fosse altrimenti «una pura contemplazione, un'esercitazione erudita» e persino non accostabile a una «scienza»⁵⁰.

Va detto a questo punto che una simile rivendicazione del carattere scientifico del diritto comparato assume colorazione scienziata, ovvero che si combina con l'idea che esso possa accreditarsi come scienza esatta. Questo almeno traspare dal rilievo che la disciplina assolve al solo fine primario di produrre «una migliore conoscenza del dato giuridico» in quanto consente di «misurare la differenza fra dati appartenenti a sistemi diversi». Invero, se anche si vuole con ciò combattere «il metodo sistematico detto anche concettualistico o dogmatico»⁵¹, il riferimento alla misurazione allude alla capacità di restituire in modo fedele il dato reale, il che contrasta evidentemente con quanto nelle scienze sociali esprimono gli statuti epistemologici attenti alla loro dimensione politica o comunque alla loro parzialità. Ma è proprio questa che si intende negare aggiungendo che il

⁴⁸ R. SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 383 ss.

⁴⁹ Da ritenere anch'esse costitutive della moderna comparazione giuridica: cfr. G. TARDE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 530 s.

⁵⁰ R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit. p. 3 ss.

⁵¹ R. SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in ID. (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, p. 243 s.

comparatista sarebbe capace di «scegliere tra scienza e politica», ovvero di discernere tra «comparazione imparziale» e «comparazione impegnata»⁵². E che potrebbe farlo perché «*verum ipsum factum* è il criterio che ispira il comparatista nella sua analisi», motivo per cui è capace di «misurare» senza ricorrere al dato «proveniente da una scienza di tipo politologico, etico, o comunque estraneo allo studio dei dati linguistici»⁵³.

Ebbene, proprio la contestazione del carattere scienziato del diritto comparato ha ispirato le riflessioni condotte da cultori del diritto positivo e in particolare del diritto processuale civile. In questo ambito si è contestata con veemenza la possibilità di una comparazione «fredda» nel senso di «politicamente neutrale» cui rinvia l'approccio appena riferito, del resto in linea con la rivendicazione della sua ispirazione strutturalista⁵⁴. Sappiamo invero che i fautori dello strutturalismo pretendono di identificare entro i diversi ordinamenti elementi insensibili al trascorrere del tempo e in quanto tali impermeabili al «sistema di potere» o al «sistema economico sottostante»⁵⁵. Il che rende le loro ricerche inevitabilmente votate ad alimentare un punto di vista «di stampo neopositivistico» perché teso a sviluppare una «teoria pura del diritto»⁵⁶.

La contrapposizione tra i comparatisti di fede strutturalista e coloro i quali si riconoscono nelle critiche appena ricordate ha indubbiamente uno sfondo di carattere ideologico. La rivendicazione di una netta distinzione tra il diritto e la politica caratteristica dei primi mira a colpire il presupposto da cui muovono i secondi: che «ogni discorso sul diritto» risulta inesorabilmente immerso «nella cultura della società di cui quel diritto è la struttura»⁵⁷. Anche e soprattutto perché ricorda le teorie volte a ritenere il diritto la sovrastruttura destinata a rispecchiare i rapporti di forze inerenti un ordine sociale il cui fondamento è soprattutto di tipo economico, e quindi condizionato dalle relazioni inerenti la produzione⁵⁸: teorie di sapore

⁵² R. SACCO, in P. LEGRAND, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, pp. 949 e 959.

⁵³ R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 10 e 60. Il criterio di validazione vichiano viene codificato anche nelle Tesi di Trento: cfr. A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Utet, Torino 1988, p. 48 ss. Una relativizzazione del criterio si trova in A. GAMBARO, *The Trento Thesis*, in *4 Glob. Jur. Front.*, 2004, p. 1 ss.

⁵⁴ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., p. 209.

⁵⁵ A. WATSON, *Legal Transplants*, cit., p. 107

⁵⁶ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., p. 210.

⁵⁷ *Ivi*, p. 203.

⁵⁸ Approccio sviluppato entro la concezione socialista del diritto: per tutti R. GUASTINI (a

marxiano, decisamente distanti da quelle cui rinvia la rivendicazione del carattere apolitico del diritto. Ma anche volendo prescindere dalle animosità suscitate da una simile contrapposizione, resta la frizione tra chi, come i comparatisti di fede strutturalista, indicano nella conoscenza la finalità prima della disciplina, e coloro i quali indicano in sua vece «il progetto politico, ossia la prospettiva di riforme nell'ambito dei singoli ordinamenti»⁵⁹.

Anche i contributi dedicati in questo volume alla comparazione nel diritto processuale civile sottolineano la differenza tra l'approccio dei «comparatisti istituzionali», che ricavano nella disciplina la sua ragion d'essere, e quello dei cultori del diritto positivo inclini a vedere nella comparazione una pratica cui riconoscere una «utilità culturale come strumenti di sollecitazione del dibattito riguardo alla trasformazione» del «diritto territoriale» (Dondi). Con la precisazione che in entrambi i casi si combatte la riduzione del diritto alla legge, e con essa la tendenza a ritenere il primo una «variabile indipendente dal contesto sociale, culturale, economico, religioso in cui si colloca» (Passanante).

Simile la distinzione operata entro il diritto penale, dove comunque si rigetta l'idea del raffronto come «mero esercizio intellettuale» (Fornasari), tra due modi di intendere il diritto comparato: come «scienza descrittivo ricognitiva, e persino quasi avalutativa di quanto accade in ordinamenti stranieri, con funzione prettamente conoscitiva», o come «strumentale e integrante l'interpretazione, la prassi, la dogmatica e teoria generale, i progetti di riforma e la legislazione», a cui riconoscere invece «funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva, ma comunque applicativa» (Donini). Accostabile anche il riferimento a una comparazione utile a «un arricchimento del paradigma metodologico di riferimento nella direzione di un più pronunciato realismo giuridico», diversa dalla comparazione posta al servizio della importazione di modelli, di cui si discute entro il diritto amministrativo (De Lucia).

Per le discipline nelle quali la comparazione integra fin dall'inizio lo statuto epistemologico della materia, il riferimento agli scopi perseguiti con il suo impiego appare in qualche modo scontato. È il caso delle materie di più recente individuazione, come il diritto agrario (Iannarelli) e il diritto del lavoro (Gaeta): lo vedremo fra breve. Lo stesso vale per campi del sapere giuridico più risalenti, come in particolare diritto e religione, interessato da una «naturale, quasi insopprimibile, vocazione alla comparazione» in ultima

cura di), *Marxismo e teorie del diritto*, Il Mulino, Bologna 1980 e H. COLLINS, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford etc. 1982.

⁵⁹ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., p. 204.

analisi riconducibile al suo «fondamento metagiuridico» (Martinelli).

Meno scontata, sebbene riconducibile a una tradizione radicata⁶⁰, l'enfasi con cui nel diritto commerciale si indica la comparazione come «componente ineliminabile del progetto ermeneutico da attuarsi con l'interpretazione normativa». Qui il fine ultimo non è la ricerca di soluzioni straniere da imitare e dunque la promozione di riforme, bensì l'acquisizione attraverso il confronto della consapevolezza circa la storicità del proprio diritto, indispensabile alla comprensione del sistema e della realtà da interpretare. In tal senso «a risultare impiegato non è direttamente il diritto straniero come tale, bensì tale diritto adeguatamente filtrato dalla comparazione quale complessivo processo ermeneutico» (Cariello).

Va precisato a questo punto che il ricorso all'ermeneutica qui proposto si differenzia da quello cui rinvia il metodo incentrato sulla dissociazione fra tecniche giuridiche e valori alla cui implementazione quelle tecniche sono rivolte, di cui si è detto poco sopra. Invero, se anche si afferma che «il testo normativo si fa tramite la comparazione e la comparazione fa il testo» andando «oltre il testo», si precisa poi che essa torna al testo al fine di «renderlo sintonicamente con ciò che il testo è, al riparo della sparizione del testo nel suo oltre». Per poi concludere che «la comparazione coinvolge e include un'operazione dogmatica, di rigorosa selezione dei concetti» (Cariello).

5. *Diritto positivo, sistemologia e genealogia*

Che i cultori del diritto positivo affidino specifici compiti alla comparazione, in massima parte relativi alla sua valenza normativa e non meramente descrittiva o contemplativa, può forse stupire chi promuove un approccio scienziato allo studio del fenomeno diritto, non invece chi intende contrastarlo proprio ricorrendo all'ausilio dei raffronti: lo vedremo fra breve discorrendo della funzione sovversiva della comparazione. Peraltro, sebbene a un simile uso della comparazione corrisponda un minore interesse per vicende come la classificazione dei sistemi, lo studio della mutazione giuridica e la definizione delle modalità attraverso cui condurre i raffronti, non per questo i giuscomparatisti possono applicarvisi trascurando l'apporto dei cultori del diritto positivo. Innanzi tutto perché i criteri classificatori

⁶⁰ Su cui ampiamente V. CARIELLO, *Comparazione e interpretazione*, Giappichelli, Torino 2020.

non possono trascurare le caratteristiche di fondo del diritto positivo, e anzi proprio questa mancanza è alla base di una certa insoddisfazione per le tassonomie più diffuse. E poi perché sempre più sovente si propone di superare le classificazioni in quanto tali, o almeno di relativizzarne la portata, sul presupposto che uno studio analogico e statico del fenomeno diritto debba cedere il passo a uno studio genealogico rispettoso della sua evoluzione: il che attribuisce nuova centralità al diritto positivo.

Certo, nel valutare le tassonomie occorre tenere conto del principio di relatività⁶¹, ovvero considerare lo spazio temporale e il settore dell'ordinamento preso in considerazione, e tenere conto che esse richiedono necessariamente semplificazioni: motivo per cui non può stupire se le tassonomie «alla lunga possono impedire di affrontare la complessità dei problemi»⁶². E tuttavia non viene con ciò eliminato il rischio di «imprigionare in uno schema prefissato la pulsante e cangiante realtà di un ordinamento giuridico»⁶³.

Non sono poi risolutivi gli espedienti idonei ad attenuare un simile rischio. Si può ad esempio esasperare il ricorso al principio di relatività per materia, e individuare raggruppamenti validi unicamente per lo specifico aspetto cui il comparatista si sta dedicando, nel solco di quanto realizzato nell'ambito di un genere letterario a ben vedere poco utilizzato: quello degli atlanti⁶⁴, da richiamare in questa sede anche in quanto si presta a divenire un proficuo terreno di confronto e collaborazione tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo. In alternativa si possono concepire classificazioni «in forma debole»⁶⁵, che non mirano a soddisfare il requisito della reciproca esclusività e della congiunta esaustività in quanto assumono carattere politetico: concernono oggetti capaci di rientrare simultaneamente in più categorie, come avviene in applicazione della «logica fuzzy» elaborata in ambito matematico per consentire la formazione di «insiemi sfumati»⁶⁶.

⁶¹ Per tutti K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, III ed., J.C.B. Mohr, Tübingen 1996, p. 64 s.

⁶² V. PASCUZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1196.

⁶³ M. SERIO, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino 2011, p. 21.

⁶⁴ Cfr. F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, V ed., Zanichelli, Bologna 2011. Nella letteratura di sensibilità pubblicistica v. G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Utet, Torino 2010.

⁶⁵ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino 2017, p. 27.

⁶⁶ S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. pubbl. comp.*, 2012, p. 11 ss.

Anche così, però, le tassonomie in quanto tali conservano la loro incapacità di valorizzare l'aspetto dinamico dei fenomeni studiati. Esse si reggono sull'identificazione di analogie inevitabilmente osservate senza considerazione per le contaminazioni alla base della mutazione giuridica, così come per le ragioni di quelle contaminazioni⁶⁷. Di qui la proposta di abbandonare la comparazione analogica per approdare alla comparazione genealogica, ovvero tutta incentrata sulle dinamiche della circolazione dei modelli. Il risultato sarà una sorta di mappatura delle trasformazioni subite dai sistemi giuridici per effetto di queste dinamiche⁶⁸.

Certo, questo approccio non va esente da critiche, come si ricava dalla circostanza che il metodo genealogico è quello impiegato per inventare tradizioni: per stabilire momenti di continuità fittizia con avvenimenti selezionati al solo fine di «inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive»⁶⁹. E tuttavia non si può non prendere atto della circostanza per cui «il mondo giuridico di oggi è un mondo di contaminazioni piuttosto che un mondo diviso in famiglie giuridiche»⁷⁰. Soprattutto non si può non vedere come le contaminazioni in discorso attengano a trasformazioni anche sottili interne alle tradizionali classificazioni, che sovente non ne intaccano le coordinate di fondo, e che si possono rendere visibili solo combinando i dati sistemologici con altri dati ricavabili dalla microcomparazione⁷¹: di qui la conferma della centralità di un confronto e una collaborazione tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo.

L'utilità di un approccio genealogico viene esplicitamente richiamata nelle riflessioni su diritto e religione, dove si affida alla comparazione il compito di andare oltre la fredda misurazione delle differenze, per valorizzare la «circolazione di modelli normativi» che dà vita «a forme di *metissage* normativo, a nuovi istituti giuridici, o a nuove soluzioni

⁶⁷ G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford etc. 2014, p. 57 s.

⁶⁸ Ad es. E. ÖRÜCÜ, *A General View of Legal Families and of Mixing Systems*, in ID., D. NELKEN (a cura di), *Comparative Law. A Handbook*, Hart, Oxford etc. 2007, p. 171 ss.

⁶⁹ E. HOBBSAWM, *Come si inventa una tradizione*, in ID., T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione* (1983), Einaudi, Torino 2002, p. 3 s.

⁷⁰ P.G. MONATERI, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, in 13 *Trans. L. Cont. Probl.*, 2003, p. 591.

⁷¹ Lo si ricava a titolo esemplificativo nell'ambito dello scontro tra modelli di capitalismo, legato alla distinzione tra sistemi di *common law* e *civil law*, il primo fondamento del capitalismo neoamericano e il secondo del capitalismo renano, il cui esito non si può cogliere ricorrendo alle tassonomie tradizionali: cfr. A. SOMMA, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Pol. dir.*, 2015, p. 549 ss.

nel regolare i rapporti fra istituzioni statali e organizzazioni religiose» (Mazzola). Lo stesso avviene nel diritto amministrativo, dove l'invocazione di una comparazione «dinamica, non statica», capace di «cogliere il senso e il significato dell'evoluzione o involuzione degli istituti giuridici», si accompagna alla sottolineatura del ruolo della storia del diritto: del nesso tra «la comparazione diacronica e quella sincronica» (Della Cananea).

Ovviamente la circolazione dei modelli di cui si parla avviene sullo sfondo di meccanismi più complessi di quelli cui il diritto comparato fa tradizionalmente riferimento: i meccanismi riconducibili al riconoscimento in capo al modello esportato di «una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio»⁷². La mutazione giuridica avviene cioè come effetto della circolazione di modelli *imperio rationis*, ma anche se non soprattutto *ratione imperii*: si manifesta come imposizione «resa possibile da una conquista militare o da una dominazione politica»⁷³. Il che viene apertamente riconosciuto dai cultori del diritto penale, disciplina entro cui si riconosce che «i Paesi più forti hanno sempre fatto usare la comparazione agli altri per esportare i propri modelli» (Donini): tanto da autorizzare a discutere in alcuni casi, come in quello tedesco, di una sorta di atteggiamento «colonialistico» (Fornasari).

6. *Classificazione dei sistemi e dimensione nazionale del diritto*

L'insoddisfazione dei cultori del diritto comparato per la sistemologia è legata altresì alle centralità che questa attribuisce alla dimensione statale⁷⁴, ovvero alla circostanza che essa produce in massima parte classificazioni di diritti nazionali. La stessa insoddisfazione ricorre evidentemente con minore insistenza presso i cultori del diritto positivo, certo sempre più interessati a vicende trascendenti la dimensione in discorso, e tuttavia tradizionalmente inclini a non ritenerla prevalente o comunque condizionante in modo significativo. Anche se non mancano eccezioni, ad esempio entro il diritto amministrativo: lì si critica in modo definitivo «sia l'approccio basato sui singoli Stati nazionali, sia quello fondato sull'esistenza di famiglie giuridiche» (Napolitano).

⁷² R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 135.

⁷³ Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 47, il quale muta evidentemente orientamento rispetto a quanto sostenuto nel lavoro citato nella nota precedente.

⁷⁴ Cfr. M. CARDUCCI, *Ragione politica della comparazione e costituzionalizzazione delle tassonomie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1113 ss.

I cultori del diritto comparato si sono occupati diffusamente di questi aspetti, proponendo tassonomie pensate per la classificazione di ordinamenti identificati a prescindere dall'elemento della statualità. In linea del resto con la loro propensione a discutere, più che di ordinamenti giuridici, concetto di per sé non legato al requisito della statualità ma di norma utilizzato in connessione con essa, di esperienze giuridiche⁷⁵, o tradizioni giuridiche⁷⁶, o ancora culture giuridiche⁷⁷.

Un primo tentativo di superare questo approccio è risalente, e viene da un comparatista che ha rivolto lo sguardo oltre le società «moderne» al fine di individuare criteri classificatori utili a ricomprendere anche quelle «tradizionali» e «primitive»: le prime definite come le società «appartenenti alle antiche culture esistenti ancora oggi», le seconde come società contemporanee che «ignorano la scrittura e la storia». Ebbene, per ottenere classificazioni adatte a contenere queste società occorre muovere dai loro valori fondativi, e questo significa valorizzare l'appartenenza a una medesima «civiltà», identificativa di un medesimo «stile di vita», un medesimo «contesto etico teleologico» e un medesimo «ambiente materiale». Superando così lo schermo della statualità e della nazionalità, ritenuta il portato dell'epoca storica bruscamente interrotta dagli orrori del secondo conflitto mondiale⁷⁸.

Un diverso tentativo di giungere a classificazioni non viziate dalla centralità della dimensione statale, ritenuta il fondamento di un approccio etnocentrico allo studio del fenomeno diritto, si deve ai cultori dell'antropologia giuridica. In tale ambito si propone di raggruppare diritti a partire dalla «fonte dominante», ovvero dal prevalente «modo di formulazione del diritto». In questo modo si potranno distinguere: un «sistema consuetudinario» generato dal comportamento dei membri della società, un «sistema dottrinale» incentrato sulle regole prodotte dai sapienti, un «sistema giurisprudenziale» fondato sui precetti dei giudici, un «sistema legislativo» basato sui comandi formulati da un vertice, e un «sistema rivelativo» riconducibile a una divinità⁷⁹. Il tutto producendo classificazioni

⁷⁵ Sulla scia di R. ORESTANO, *Della esperienza giuridica vista da un giurista* (1980), in Id., *Diritto. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna 1981, p. 505 ss.

⁷⁶ J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* (1969), Giuffrè, Milano 1973, p. 7 ss.

⁷⁷ Ad es. M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *47 Int. Comp. L. Quart.*, 1998, p. 498 ss.

⁷⁸ L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (1971), Giappichelli, Torino 1996, pp. 407 ss. e 427 ss.

⁷⁹ J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem 1995, p. 334 ss.

politetiche, entro cui i raggruppamenti rilevano unicamente alla stregua di modelli idealtipici, e non anche di contenitori cui ricondurre quegli ordinamenti in via esclusiva e in modo definitivo.

Mira a valorizzare il pluralismo giuridico e a relativizzare il carattere della statualità anche la proposta classificatoria di chi raggruppa le varie esperienze a partire dagli strumenti di «controllo sociale», considerati «tutti dotati del requisito della giuridicità in senso sistemologico»: il diritto, la politica o la religione, circostanza costitutiva rispettivamente della «famiglia a egemonia professionale», della «famiglia a egemonia politica» e della «famiglia a egemonia tradizionale»⁸⁰. Anche qui un ordinamento nazionale può essere ricondotto a uno specifico raggruppamento, ma nello stesso tempo valorizzato negli elementi capaci di ricondurlo a un diverso raggruppamento, ovvero come punto di riferimento per comporre classificazioni politetiche.

Di particolare interesse è la tassonomia volta a raggruppare tradizioni giuridiche: concetto cui abbiamo già fatto riferimento, utilizzato per alludere a entità identificate a partire dalla interazione tra diritto, società e politica, a prescindere dal requisito della statualità⁸¹. In tale ambito il riferimento alla statualità viene superato nella misura in cui non si discute delle sole tradizioni giuridiche «complesse»: quelle che possono avere un punto di riferimento nello spazio. Vi sono anche tradizioni giuridiche «interne» a quelle complesse, e soprattutto tradizioni «trasversali», che non presentano uno specifico radicamento territoriale⁸²: potendo così corrispondere alle aspettative dei cultori del diritto positivo interessati a «un approccio transnazionale o oltre i confini», capace di combinare «la tradizionale prospettiva orizzontale con quella verticale e persino diagonale» (Napolitano).

7. *Funzione sovversiva del diritto comparato?*

Possiamo a questo punto tornare a riflettere sull'idea, come sappiamo alimentata dai cultori del diritto comparato, che la loro disciplina produce «un discorso ribelle, un contro discorso, un discorso di resistenza»⁸³, che in

⁸⁰ V. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova 1997, p. 61 ss.

⁸¹ J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, cit., p. 7 ss.

⁸² H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza* (2010), Il Mulino, Bologna 2011, p. 75 ss. e 561 ss.

⁸³ P. LEGRAND, *Droit comparé*, cit., pp. 21 e 24.

quanto tale costituisce uno strumento di conoscenza critica del diritto cui riconoscere una valenza «sovversiva» dell'ordine prodotto dall'«ortodossia teorica»⁸⁴; innanzi tutto quella cui si deve la riduzione del diritto alle sue fonti formali di produzione, nei Paesi di *civil law* alla legge, e più in generale alle fonti che impediscono di «espandere l'agenda delle possibilità disponibili»⁸⁵.

Lo stesso viene rilevato dai cultori del diritto positivo, i quali sottolineano come la comparazione conduca naturalmente a valorizzare la realtà dei fenomeni studiati oltre il dato formale (De Lucia). Da essi si ricava poi che il carattere sovversivo riferito alla pratica dei raffronti può riguardare anche il fondamento politico normativo delle discipline in cui si ricorre a quei raffronti. Questo vale per le discipline tradizionali impegnate in un aggiornamento del loro programma di ricerca, come si ricava in modo esemplare dal diritto penale sostanziale e processuale: lì la comparazione ha sostenuto una sua rilettura alla luce dei valori costituzionali, e in particolare uno studio in «chiave critica» volto a promuovere riforme ispirate dalla «sensazione di scollamento tra realtà sociale e realtà normativa» (Fornasari), consentendo fra l'altro di «ripudiare pratiche processuali» passate ma percepite «come incombenti sull'epoca attuale» (Orlandi). Ma vale anche e soprattutto per le discipline rese autonome da quelle tradizionali al fine di liberarsi dai condizionamenti imposti da uno statuto epistemologico divenuto anacronistico: primo fra tutti il diritto civile, concepito ad arte per avallare forme di redistribuzione delle risorse in linea con l'individualismo proprietario. È in particolare il caso del diritto del lavoro, dove la comparazione ha indotto a prestare attenzione ai «dati socio economici e alle relazioni industriali» (Gaeta), e del diritto agrario: disciplina nella quale i raffronti hanno prima accompagnato lo sviluppo di forme di tutela della parte debole nel «conflitto tra proprietà della terra e impresa agricola», e poi tra la prima e «le grandi imprese alimentari» o «la grande distribuzione» poi (Iannarelli).

Va detto a questo punto che la carica sovversiva di cui stiamo parlando, se per un verso accompagna la genesi delle discipline appena ricordate, non necessariamente resta una loro caratteristica nelle fasi successive alla loro nascita. È paradigmatico il caso del diritto del lavoro⁸⁶, nel quale la comparazione viene finalizzata alla promozione di riforme in linea con la

⁸⁴ H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, p. 505.

⁸⁵ G. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *46 Am. J. Comp. L.*, 1998, p. 695.

⁸⁶ U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina welfare à la carte*, Meltemi, Milano 2019, p. 263 ss.

tendenza a riaffermare l'antica riduzione della relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi⁸⁷. Riforme che sul piano dei contenuti sono descrivibili in termini di «privatizzazione, economicizzazione, deregolazione» dell'ordine economico, per i quali si richiedono raffronti animati «dall'intento di esporre al lettore italiano qualche punto di un'esperienza straniera» e non anche «dallo spirito e dallo scopo più autentici della comparazione tra ordinamenti» (Gaeta).

Va detto poi che la professione di sovversivismo appare non di rado una mera dichiarazione di principio, incapace di nascondere un'attitudine intimamente positivista. Talvolta questo viene apertamente riconosciuto: è il caso del diritto processuale civile, nel cui ambito pure la comparazione si è accreditata come alternativa all'approccio «dogmatico sistematico», magari con il pretesto che si tratta di una disciplina servente rispetto al diritto sostanziale, in quanto tale inevitabilmente votata al tecnicismo (Passanante). Più spesso il carattere sostanzialmente innocuo del ricorso alla comparazione, ovvero il suo essere incapace di alterare attitudini consolidate in assenza di raffronti, viene in qualche modo occultato. Questo si verifica soprattutto nell'ambito del diritto europeo, al quale ci dedicheremo fra breve, dopo aver detto dello stato dell'arte presso i cultori del diritto comparato: anche tra essi la rivendicazione di una carica sovversiva del ricorso a raffronti appare decisamente sopravvalutata, sia con riferimento alla loro attitudine nei confronti del fenomeno diritto, sia in ordine alla valenza politico normativa delle loro ricerche.

Troviamo riscontri di quanto detto nelle ricerche di carattere microcomparatistico, anche qui soprattutto nel diritto europeo, ma anche in quelle di respiro macrocomparatistico e dunque in ambito sistemologico: dove la carica sovversiva si mostra carente sia dal punto di vista dell'effettiva tensione antipositivista, sia da quello del segno politico normativo di cui le ricerche costituiscono espressione.

Il persistere di un'attitudine positivista in ambito sistemologico ha indubbiamente caratterizzato le epoche in cui le fonti di produzione formale del diritto venivano elevate a punto di riferimento privilegiato se non esclusivo dei raffronti⁸⁸. Tracce di questa attitudine si ritrovano peraltro anche successivamente, in particolare nelle tassonomie utilizzate dai comparatisti di formazione privatistica, ancora incentrate sul sistema delle fonti come criterio classificatorio ritenuto maggiormente indicativo.

⁸⁷ Citazioni in A. SOMMA, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 307 ss.

⁸⁸ Al proposito già É. LAMBERT, *La fonction du droit comparé*, I, V. Giard, E. Brière, Paris 1903, p. 8 ss.

Certo, si riconosce nel merito il ruolo delle fonti sostanziali di produzione del diritto, oltre che di vicende ulteriori di ordine tecnico giuridico e non. Tuttavia queste non impediscono di mantenere la distinzione tra famiglia di *common law* e famiglia di *civil law* come asse sistemologico portante, in quanto tale destinato a mettere in ombra vicende non certo trascurabili, come quelle su cui appuntano la loro attenzione i comparatisti di formazione pubblicistica⁸⁹. E persino le tassonomie più innovative, concepite per far emergere elementi ulteriori rispetto a quelli concernenti il sistema delle fonti, finiscono per cedere al fascino della tradizione positivista: come a titolo esemplificativo le classificazioni incentrate sui sistemi di controllo sociale, in ultima analisi cedevoli nei confronti dell'autorappresentazione del diritto occidentale come caratterizzato dal divorzio tra diritto e politica da un lato, e tra diritto e tradizione filosofica e religiosa dall'altro⁹⁰.

Decisamente poco sovversivo è poi il fondamento politico normativo di larga parte delle classificazioni proposte, in massima parte espressivo di agende geopolitiche di cui i cultori del diritto comparato finiscono per rendersi interpreti fedeli: la sistemologia alimenta inevitabilmente una «gerarchia mondiale delle grandi famiglie», oltre e una «gerarchia interna a ciascuna di esse tra il tipo rappresentante e il tipo rappresentato»⁹¹.

La dottrina che ha sviluppato il nesso tra diritto comparato e geopolitica ricava riscontri di un simile modo di concepire la sistemologia fin dalla classificazione proposta da uno dei protagonisti del congresso parigino fondativo della moderna comparazione giuridica. In quella sede si propose di raggruppare sistemi in base al loro carattere «originale», da far emergere valorizzando lo loro «formazione storica», oltre a vicende non meglio definite: «la struttura generale e i tratti distintivi». Il risultato rispecchiava l'equilibrio tra le potenze dell'epoca e la suddivisione del mondo nelle rispettive aree di influenza, corrispondenti alle seguenti «famiglie o gruppi»: latino, germanico, anglosassone, slavo e musulmano⁹², rappresentativi, rispettivamente, della sfera di potere della Terza Repubblica francese, dell'Inghilterra vittoriana, del Reich tedesco, della Russia zarista, e dell'Impero ottomano.

A distanza di un ventennio circa, durante il quale si era fra l'altro combattuto il primo conflitto mondiale, questa classificazione venne considerata «desueta». La si volle sostituire con una tassonomia incentrata sulle caratteristiche del sistema delle fonti e delle modalità attraverso cui

⁸⁹ Per tutti A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Giuffrè, Milano 1998, p. 173.

⁹⁰ V. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit., p. 56.

⁹¹ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma, Bari, 2013, p. 12.

⁹² A. ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 379.

il diritto evolve. Il risultato fu l'individuazione di tre famiglie o «grandi sistemi»: i Paesi continentali a diritto scritto e codificato, i Paesi di lingua inglese a «consuetudine giurisprudenziale», e i Paesi islamici a carattere religioso⁹³. In tal modo la distinzione tra un diritto di matrice francese e un diritto di matrice tedesca veniva ricomposta a favore di una categoria, il diritto continentale, che evidentemente era pensata per esaltare la posizione egemone della Francia: il ruolo assunto dai codici nel sistema delle fonti è il tratto distintivo del diritto continentale, ed è il Codice civile francese il codice per antonomasia.

Particolare consapevolezza geopolitica mostrarono le classificazioni proposte alla conclusione del secondo conflitto mondiale, destinate a posizionare gli ordinamenti nazionali egemoni entro la ripartizione del mondo dettata dai nuovi equilibri: gli Stati Uniti erano definitivamente emersi come punto di riferimento tra gli ordinamenti di *common law*, e si erano posti alla testa del blocco occidentale contrapposto a quello sovietico⁹⁴.

La classificazione più rappresentativa dei nuovi equilibri è quella proposta in area francese da chi ha inteso individuare i tratti distintivi dei vari diritti considerando, oltre alla loro «origine storica», vicende come la «cultura professionale» dei giuristi, le loro «tecniche di lavoro», il loro «vocabolario» e i loro «concetti». Peraltro le differenze che si registravano rispetto a simili caratteristiche di ordine «tecnico» non dovevano offuscare le similitudini sul piano «ideologico»: quello concernente le «concezioni della giustizia», le «credenze religiose o filosofiche» e le «strutture politiche, economiche o sociali». Da un simile punto di vista occorre relativizzare la distinzione tra Paesi a diritto codificato e Paesi di lingua inglese, da considerare entrambi parte del «mondo occidentale fondato sui principi morali del cristianesimo, sui principi politici e sociali della democrazia liberale, e su una struttura economica capitalista». Solo in tale ambito si poteva distinguere tra diritti codificati e non, i primi ricondotti alla famiglia romano germanica, entro cui si confondono i diritti tedesco e francese, quest'ultimo collocato in posizione dominante. Al mondo occidentale si contrapponeva evidentemente il mondo sovietico, fondato sul credo socialista e sui relativi insegnamenti alternativi a quelli occidentali in tutti i campi menzionati⁹⁵.

⁹³ H. LÉVY-ULMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1922, p. 85 ss.

⁹⁴ Cfr. U. MATTEI, *The Cold War and Comparative Law. A Reflection on the Politics of Intellectual Discipline*, in 65 *Am. J. Comp. L.*, 2017, p. 567 ss.

⁹⁵ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et*

L'assimilazione dei diritti di matrice francese e tedesca, ovvero l'individuazione del sistema romano germanico come famiglia sovrastata dal primo diritto, non venne ripresa in un'opera dello stesso periodo, confezionata per individuare sette diverse famiglie di sistemi sorte attorno ad altrettanti «centri di irradiazione giuridica»: francese, germanica, scandinava, inglese, russa, islamica e indù⁹⁶. In tal modo la contrapposizione tra sistemi capitalisti e sistemi socialisti veniva sfumata, la patria del *common law* recuperava terreno rispetto all'area statunitense e il diritto germanico riacquistava identità rispetto al diritto francese. Si deve anche a una simile opzione se questa classificazione è stata posta alla base di una celebre tassonomia confezionata in area tedesca nel corso degli anni Settanta, composta a partire da quanto è stato definito in termini di «stile di un sistema», significativamente ricavato da vicende quali la sua «evoluzione storica» e la «mentalità giuridica» comune ai suoi operatori⁹⁷.

Peraltro non sono solo le classificazioni più risalenti, sebbene tuttora utilizzate, a essere caratterizzate da una spiccata carica geopolitica difficilmente descrivibile come sovversiva. Anche quelle pensate per rimediare ai loro vizi, primo fra tutti il carattere etnocentrico e la centralità attribuita al carattere statuale del diritto, non sono da meno. Lo abbiamo visto considerando le classificazioni incentrate sui sistemi di controllo sociale, fondate su vicende destinate ad alimentare l'autorappresentazione del diritto occidentale, che dunque si rivela essere un punto di riferimento quantomeno implicito da cui sembra difficile prendere le distanze: contribuendo così a mettere in discussione la qualificazione del diritto comparato come fondamento di una pratica sovversiva.

8. *A mo' di conclusione: sulle tensioni tra comparazione e diritto europeo*

La funzione sovversiva della comparazione giuridica sembra dunque attenersi alla lotta dei suoi cultori contro il positivismo, quello legislativo come quello scientifico, condotta soprattutto all'epoca in cui essa si è affermata come autonoma disciplina. Certo, la lotta non è ancora conclusa, come segnalano i comparatisti i quali osservano come il paradigma positivista sia

à la méthode comparative, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950, p. 215 ss.

⁹⁶ P. ARMINJON, B. NOLDE e M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950, p. 47 ss.

⁹⁷ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, J.C.B. Mohr, Tübingen 1971, p. 80 ss.

sopravvissuto quantomeno sotto forma di conservazione del principio della unicità della regola di diritto. Tolto questo, però, appare difficile considerare i comparatisti come dei sovversivi, o comunque dei cultori della conoscenza critica del diritto, eccezion fatta forse per il loro recente impegno a favore di un superamento della distinzione tra diritto pubblico e privato⁹⁸. Non lo sono con riferimento alle vicende di ordine macrocomparatistico cui abbiamo appena fatto riferimento, e neppure pensando all'ambito microcomparatistico, come si evince in modo chiaro considerando il diritto europeo.

Va detto che le connessioni tra diritto comparato e diritto europeo sono oggetto di controversie relativamente vivaci, sicuramente riconducibili alle ricadute di ordine accademico collegate alle opzioni in campo, ma comunque collegate al diverso modo di intendere il primo così come emerso nel corso di queste pagine.

Per un verso si sottolinea come lo sviluppo del diritto europeo richieda inevitabilmente di ricorrere al diritto comparato (Fornasari): innanzi tutto perché consente di relativizzare le spinte nazionali o statualiste, finalità del resto tradizionalmente attribuita ai raffronti, e in particolare di «neutralizzare spinte egemoniche di determinati ordinamenti, favorendo la formazione di una sorta di meticcio giuridico» (De Lucia). Il diritto comparato consente poi di cogliere le peculiarità di settori dell'ordinamento fortemente interessati da una produzione di regole a livello sovranazionale (Iannarelli), o di identificare la disciplina di specifici istituti, così come talvolta espressamente richiesto dal diritto europeo (De Lucia), o ancora di «adeguare le applicazioni della legge statale alle istanze eurounitarie» (Orlandi).

Per un altro verso, almeno dal punto di vista del diritto positivo, la comparazione concerne in massima parte raffronti nei quali il diritto nazionale riveste un ruolo non certo trascurabile, e ciò contrasta con la volontà di concepire l'ordinamento ultranazionale come sostitutivo di quello nazionale: il diritto europeo è «diritto positivo quasi interno» (Donini). Questo aspetto viene considerato soprattutto dai cultori del diritto amministrativo, i quali denunciano essere il diritto europeo interessato ai diritti statuali solo per alimentare la loro penetrazione da parte di principi e regole ultrastatali, e dunque i processi di «armonizzazione giuridica sovranazionale». E ciò nulla avrebbe a che vedere con la comparazione, approccio per il cui tramite si affrontano «complesse questioni teoriche e culturali», comunque potenzialmente recessivo rispetto a quanto si può considerare un vero e proprio «imperialismo del diritto amministrativo

⁹⁸ Ad es. E. MOSTACCI, *Schemi di classificazione e comparazione giuridica: un regno immenso e anonimo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1149 ss.

europeo» (Napolitano). Il tutto mentre, a fronte di un passato caratterizzato da una sopravvalutazione delle differenze tra sistemi, il presente risulta afflitto da una sovrastima circa la portata della loro convergenza (Della Cananea).

Detto questo, vi è chi reputa il superamento o la relativizzazione della dimensione nazionale realizzato dal diritto europeo, con o senza la comparazione, un esito in linea con la funzione sovversiva tradizionalmente riconosciuta a quest'ultima. Forse un simile giudizio può essere calzante per materie, come il diritto penale, storicamente ancorate alla sua dimensione nazionale (Fornasari), o per chi reputa che il diritto comparato, come il diritto europeo, abbia «una evidente vocazione armonizzatrice, se non addirittura unificatrice» (Bernardi). Il che rispecchia una opinione diffusa, non tuttavia la funzione della pratica dei raffronti, come sappiamo utile anche a rimarcare differenze e divergenze: finalità cui peraltro rinvia il clima di interesse per il recupero della dimensione nazionale (Napolitano), da alcuni auspicata per affermare identità forti ed escludenti, ma da altri con l'intento di ripristinare l'equilibrio tra democrazia e capitalismo⁹⁹. Inoltre proprio il ricorso alla comparazione nell'ambito del diritto europeo mostra come non si possa parlare di una funzione sovversiva della prima, la cui mancanza viene evidenziata anche e soprattutto dal punto di vista delle modalità con cui i cultori del secondo conducono le loro ricerche.

Nel merito è esemplificativo quanto avviene a livello di diritto privato europeo, nel quale si possono in effetti individuare due distinte tendenze, entrambe indicative di un arretramento rispetto alla ritenuta funzione sovversiva della comparazione. La prima tendenza ricorre presso gli studiosi che si dedicano soprattutto al commento di direttive e regolamenti europei, sovente limitandosi a parafrasarli, nel rispetto dei classici canoni del positivismo legislativo. La seconda tendenza è quella evidenziata dai tentativi di ricostruire improbabili sistematiche capaci di ricondurre a unità le parole del legislatore europeo, di cui poi denunciare le carenze e le pericolose deviazioni rispetto a una non meglio definita tradizione: tentativo in odore di positivismo scientifico¹⁰⁰. E l'approccio positivista caratterizza altresì il dibattito sulla codificazione del diritto privato europeo, anch'esso condotto «con un interesse tutto incentrato sul tenore della norma scritta» e «sulla sua capacità armonizzatrice»¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. A. SOMMA, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Derive Approdi, Roma 2018.

¹⁰⁰ Si distinguono in questo i cosiddetti Neopandettisti, come si evince in particolare da R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri etc., Nijmegen etc. 1994, p. 65 ss.

¹⁰¹ M.R. MARELLA, *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo*, in O. TROIANO et

Ovviamente vi sono numerose e lodevoli eccezioni, ma non si può non concordare sul fatto che quello descritto sia un costume assai diffuso, non limitato cioè alle discipline in cui l'ortodossia teorica è più radicata: come in particolare il diritto processuale civile, i cui cultori rimarcano come la «costruzione di un modello di processo, destinato a costituire un potenziale punto di riferimento per i legislatori nazionali» rappresenti un notevole «ostacolo allo sviluppo della comparazione sovversiva» (Passanante). Un costume del resto alimentato dalle metodologie utilizzate: incluse quelle messe a punto per evitare i difetti riconducibili all'approccio positivista. I cultori del diritto privato europeo sono invero soliti ricorrere al funzionalismo¹⁰², celebrato soprattutto in ordine ai progetti di armonizzazione sponsorizzati dalla Commissione europea¹⁰³, che come sappiamo trascura il contesto in cui sono calate le vicende studiate, o comunque produce ricerche destinate a trascurare la loro identità. Stesso discorso per l'approccio fattuale, anch'esso utilizzato dai cultori del diritto privato europeo i quali reputano di ottenere in tal modo risultati connotati nel senso della neutralità e oggettività¹⁰⁴, e quindi inevitabilmente afflitto da scientismo.

La verità è che le vicende del diritto europeo mostrano in modo esemplare quale possa essere il destino di un campo del sapere le cui finalità siano in qualche modo prestabilite: in questo caso promuovere i processi di unificazione del diritto. Così facendo, si finisce per ridurre la comparazione a insieme di tecniche più o meno adatte a produrre un risultato la cui messa in discussione e valutazione critica sono escluse in radice: si finisce per negare alla disciplina la sua funzione sovversiva, tanto evocata sul piano retorico quanto tradita nella pratica del suo utilizzo. Il che vale evidentemente anche per chi considera che lo scopo del diritto comparato sia unicamente l'esaltazione delle differenze, ovvero che dal raffronto non possano che scaturire le ragioni dell'alterità, come indicato da chi promuove la comparazione postmoderna e l'analisi differenziale.

Insomma, la pratica dei raffronti in quanto tale deve essere posta al servizio dei più disparati esiti, accomunati solo dal loro indurre un approccio

al. (a cura di), *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 203 ss.

¹⁰² Ad es. M. ODERKERK, *The Cfr and the methods of comparative legal research*, in *Eur. Rev. contr. L.*, 2007, p. 315 ss.

¹⁰³ Il riferimento è al *Common Frame of Reference*: CH. VON BAR et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich 2009.

¹⁰⁴ Così criticamente G. FRANKENBERG, *How to do projects with comparative law. Notes of an expedition to the Common core*, in 6 *Glob. Jur. Adv.*, 2006, p. 19 ss.

critico allo studio del fenomeno diritto: quell'«effetto di straniamento che costituisce la postura mentale tipica del comparatista» (Orlandi). E accomunati altresì dall'essere condotti secondo metodologie contemplate da uno statuto epistemologico meditato e riconosciuto. È questo il fondamento minimo per un dialogo tra cultori del diritto positivo e cultori del diritto comparato, attraverso cui i primi identificano lo strumentario utile a compiere raffronti capaci di potenziare la loro agenda di studiosi, e i secondi un vasto complesso di riscontri indispensabili ad aggiornare quello strumentario e a sottoporlo a costante vaglio critico.

Notizie sugli autori e le autrici

ALESSANDRO BERNARDI

Sino al 2019 professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Ferrara, continua a collaborare col gruppo penalistico di questa Università. È stato visiting professor in molte Università europee e sudamericane. Ha coordinato numerosi progetti di ricerca nazionali ed europei. È stato coordinatore generale del dottorato internazionale «Integrazione europea e diritto penale». È membro del comitato scientifico di riviste penalistiche italiane e straniere, nonché condirettore della collana «Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo». È curatore di 11 volumi collettanei e autore di oltre 200 pubblicazioni scientifiche tra cui 8 monografie: l'ultima si intitola *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa* (Jovene 2019).

VINCENZO CARIELLO

Già Allievo perfezionando della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna di Pisa, dottore di ricerca in diritto commerciale (Università L. Bocconi di Milano), è professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Tra le sue più recenti pubblicazioni: *Comparazioni e interpretazione* (Giappichelli, 2020), *Ascarelli e la comparazione come "attuazione di un progetto ermeneutico"* (*Riv. dir. comm.* 2020).

LUCA DE LUCIA

È professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Salerno e coordinatore del gruppo italo-tedesco di diritto pubblico. È Senior Editor della *Review of European Administrative Law* (REALaw). Tra le sue pubblicazioni: *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale* (*Pol. dir.* 2019), *The Shifting State of Rights Protection vis-à-vis EU Agencies: A Look at Article 58a of the Statute of the Court of Justice of the European Union* (*Eur. L. Rev.* 2019), con P. Chirulli, *Non-Judicial Remedies and EU Administration* (Routledge 2021).

GIACINTO DELLA CANANEA

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Bocconi. In precedenza, ha insegnato in varie università italiane, nonché nella Duke Law

School, nella Yale Law School e a Science-Po Paris. È *principal investigator* nella ricerca comparata sui diritti amministrativi europei, basata su un *advanced grant* dello *European Research Council* (2016-2022). Ne ha tratto una monografia (*Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale scientifica 2019) e una serie di volumi collettivi nell'apposita collana pubblicata da Oxford University Press, il primo dei quali è *Government Liability in European Laws* (2020). È direttore dell'*Italian Journal of Public Law*.

ANGELO DONDI

È professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Genova, membro dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile nonché dell'International Association of Comparative Procedural Law. Fra le sue opere: *Legal Ethics: A Comparative Study*, con G.C. Hazard (Stanford 2004), *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, con V. Ananelli, P. Comoglio (Milano 2018), *Some Rambling Impressions on Historical Modernity's Heritage and Challenges of the Future in Civil Proceedings* (ZZP Int. 2018), *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil - Regards à la France du côté italien* (IJPL 2018), *Vittorio Denti, un grande intellettuale y su atención hacia las otras culturas – Comparación y perspectiva de las reformas procesales* (Justicia 2020).

MASSIMO DONINI

Già magistrato, e ricercatore presso il Max Planck Institut di Friburgo in Brisgovia, è professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma La Sapienza. Vicepresidente dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale. Componente del comitato di direzione dell'*Enciclopedia del diritto* e di *Giurisprudenza costituzionale*. Tra le sue pubblicazioni: *Il diritto penale di fronte al nemico* (Cass. pen. 2006), *Europeismo giudiziario e scienza penale* (Giuffrè 2011), *La necessità di diritti infelici* (Riv. it. med. leg. 2016), *Populismo e ragione pubblica* (Mucchi 2019), *Pena agita e pena subita* (Quest. giust. 2020), *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero* (Riv. it. dir. proc. pen. 2020).

GABRIELE FORNASARI

Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università di Trento, in cui è stato Coordinatore della Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei; è Borsista della Alexander-von-Humboldt-Stiftung, è stato

membro del consiglio Direttivo e Tesoriere dell'Associazione dei Professori di Diritto penale ed è Condirettore della Rivista *Diritto penale XXI secolo* e della Collana *Fonti e studi per il diritto penale* (ESI). Tra le pubblicazioni: *Giustizia di transizione e diritto penale* (Giappichelli, 2013), *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?* (*Riv. it. dir. proc. pen.* 2018), *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura* (Esi, 2020).

LORENZO GAETA

Ha iniziato la sua carriera accademica a Salerno, l'ha proseguita a Catanzaro e ha perfezionato i suoi studi in Università tedesche e spagnole. È attualmente professore ordinario di Diritto del lavoro nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena, della cui Facoltà giuridica è stato Preside. Tra le sue pubblicazioni: «*La terza dimensione del diritto*»: *legge e contratto collettivo nel Novecento italiano* (Giuffrè 2017), *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano* (Giappichelli 2020), *Lo statuto dei lavoratori: come nasce una legge* (Esi 2020).

ANTONIO IANNARELLI

Professore ordinario, fuori ruolo, di Diritto agrario nell'Università di Bari Aldo Moro, sin dal 1986 ha insegnato per decenni anche Istituzioni di Diritto privato, Diritto civile e Diritto privato comparato, con molte pubblicazioni anche in queste discipline ed è stato Preside della facoltà giuridica nonché Direttore del seminario giuridico. Tra i contributi più recenti: *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale. I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare* (Cacucci, 2018), *La regolazione privatistica delle relazioni di mercato nell'attuale contesto* (*Riv. crit. dir. priv.* 2020), *Il mercato agro-alimentare europeo*, in *Cibo e diritto una prospettiva comparata*, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (Roma Tre Press 2020), *Comparazione e diritto agrario. Saggi* (Cacucci 2021).

ENRICA MARTINELLI

È Professore associato di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Ferrara, membro del Consiglio scientifico del Centro Interuniversitario Culture, Religioni e Diritti – Forum Internazionale Diritto & Religioni (FIDR). Tra le sue pubblicazioni: *L'obiezione di coscienza nel multiculturalismo israeliano* (*Rev. gen. Der. can. ecl.* 2020); *A modo di Incipit: l'apporto del pensiero religioso, anche ebraico, alla disciplina giuridica*

dei temi bioetici, in *Questioni bioetiche e diritto ebraico*, a cura di E. Martinelli, (Giuntina 2019); *La riforma incompresa: l'Accordo 6 novembre 2018 nei rapporti tra Repubblica Ellenica e Chiesa Ortodossa* (Quad. dir. pol. eccl. 2019).

ROBERTO MAZZOLA

È professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università del Piemonte orientale. È membro del Forum internazionale ed europeo di ricerca sull'immigrazione, direttore del Forum Internazionale Democrazia&Religioni, membro dell'European Consortium for Church and State Research e del 'Gratianus': programme européenne de formation doctorale, États, Religions, Libertés en Europe-Paris-Saclay. Tra le sue pubblicazioni: *Come studiare il diritto comparato delle religioni. Introduzione al Diritto comparato delle religioni* (Il Mulino 2007), *Soteriologia e diritto. Le nuove frontiere della comparazione* (Ed. Univ. Trento 2012).

GIULIO NAPOLITANO

È professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Roma Tre, dove insegna anche Comparative administrative law. È membro del Consiglio generale dell'*International Society of Public Law* e condirettore della *Rivista di diritto sportivo* e della *Roma Tre Law Review*. Tra i suoi libri recenti: *Introduzione al diritto amministrativo comparato* (Il Mulino 2020), *La logica del diritto amministrativo* 3. ed. (Il Mulino 2020), nonché (a cura di) *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti* (Il Mulino 2019).

RENZO ORLANDI

È ordinario di Procedura penale presso l'Università di Bologna. Ha insegnato nelle Università di Camerino, Ferrara e Firenze. Soggiorni di studio presso il Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg im Breisgau. Visiting Professor presso la Albert-Ludwig Universität di Freiburg e presso la PUCRS (Porto Alegre). Membro del comitato direttivo delle riviste: *Cassazione penale*, *Criminalia*, *Giustizia penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Fra le pubblicazioni: *Il metodo della ricerca* (Criminalia 2014), *The Italian Path to Reform: Italy's Adversarial Model of Criminal Procedure* (It. Law J. 2019).

LUCA PASSANANTE

È professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Brescia, dottore di ricerca nell'Università di Bologna e avvocato. È docente della Scuola Superiore della Magistratura e membro dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, della International Association of Procedural Law, dell'Instituto Brasileiro de Direito Processual e della British Italian Law Association. Tra le sue pubblicazioni: *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza italiana e inglese* (Cedam 2007), *La prova illecita nel processo civile* (Giappichelli 2017), *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile* (Giappichelli 2018).

ALESSANDRO SOMMA

Già ricercatore del Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, è professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Roma La Sapienza. È borsista della Alexander-von-Humboldt-Stiftung, membro dell'Académie Internationale de Droit Comparé e del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana di diritto comparato. Tra le sue pubblicazioni: *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale* (Derive Approdi 2018), *Introduzione al diritto comparato* 2. ed. (Giappichelli 2019), *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021).

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

Dal 1990 professore di Diritto comparato nelle Università di Sassari e Cagliari e dal 1999 in quella di Roma Tre. È presidente, dal 2013, della Associazione Italiana di Diritto Comparato (Aidc) ed autore o curatore di una quarantina di volumi fra cui, con G. Alpa, *Italian Private Law* (Routledge 2007), con G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia e A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi* (4. ed. Laterza 2012), *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, (2. ed. Roma Tre Press 2019).

Da tempo la comparazione non è l'occupazione esclusiva dei cultori del diritto comparato: vi ricorrono oramai tutti i cultori del diritto positivo. Ai giuscomparatisti spetta allora lo studio dei fondamenti della disciplina e dunque la riflessione sugli oggetti, gli scopi e il metodo della comparazione. Questo si deve però realizzare in dialogo con i cultori del diritto positivo, le cui ricerche costituiscono un punto di riferimento fondamentale, indispensabile a verificare e sviluppare i fondamenti della disciplina. Il volume discute le possibilità e l'agenda di una simile collaborazione e a tal fine raccoglie il punto di vista di cultori del diritto positivo particolarmente sensibili all'utilizzo della comparazione.

Alessandro Somma

Già ricercatore del *Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* di Frankfurt am Main, è professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Roma La Sapienza. È borsista della *Alexander-von-Humboldt-Stiftung*, membro dell'*Académie Internationale de Droit Comparé* e del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana di diritto comparato. Tra le sue pubblicazioni: *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale* (Derive Approdi 2018), *Introduzione al diritto comparato* 2. ed. (Giappichelli 2019), *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021).

Vincenzo Zeno-Zencovich

Dal 1990 professore di diritto comparato nelle Università di Sassari e Cagliari e dal 1999 in quella di Roma Tre. È presidente, dal 2013, della Associazione Italiana di Diritto Comparato (Aidc) ed autore o curatore di una quarantina di volumi fra cui, con G. Alpa, *Italian Private Law* (Routledge 2007), con G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia e A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi* (4. ed. Laterza 2012), *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, (2. ed. Roma Tre Press 2019).

