

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO

STORIA E COMPARAZIONE  
NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. A proposito di uno scritto di Diego Corapi sullo studio e l'insegnamento del diritto comparato. Il ruolo della storia e della comparazione nel passaggio ad un sistema "aperto" agli apporti di tutte le fonti del diritto. L'internazionalizzazione dei rapporti economici e l'esigenza di educare il giurista alle mutate esigenze scientifiche e professionali. – 2. La storia del diritto comparato in Italia: il contributo di Salvatore Galgano. La comparazione quale unico rimedio per superare l'isolamento della scienza giuridica italiana nel suo «ristretto e conchiuso campo accademico-universitario». – 3. *Segue*. Il ruolo epistemico della comparazione, quale strumento di conoscenza e di educazione giuridica. Una sorprendente concezione anti-positivistica ed antidogmatica del diritto. – 4. *Segue*. La comparazione quale «mezzo di determinazione ed interpretazione del diritto nazionale». Il distacco dall'idea di Saleilles: l'applicazione della regola straniera e la stessa interpretazione evolutiva devono essere (non soltanto «non in contraddizione», ma) «conformi» ai principi del diritto interno. – 5. *Segue*. Il superamento «delle mere discettazioni sull'oggetto e sulla funzione del diritto comparato». La conquista di un metodo sistematico che sia scientificamente «inflexibile». La comparazione come espressione di una «visione supernazionale dei fenomeni giuridici». Verso la progressiva unificazione degli ordinamenti. – 6. Il contributo dell'Annuario di Diritto Comparato allo sviluppo della cultura giuridica italiana del XX secolo. Il ruolo dell'Istituto di Studi Legislativi nella promozione delle ricerche di diritto comparato, di storia, di statistica e di economia applicate al diritto. Pluralismo giuridico, conflitto tra le fonti di produzione del diritto e molteplicità dei "punti di osservazione". – 7. Il rinnovato ruolo della storia e della comparazione nell'era della globalizzazione, ai fini della conoscenza e dell'elaborazione della cultura giuridica del tempo presente. I nuovi modelli di organizzazione sociale e la riflessione critica su dogmi e categorie ordinanti. – 8. *Segue*. Il tramonto dell'idolatria della *Rechtswissenschaft* e dell'approccio olistico nello studio delle culture giuridiche: l'elaborazione di un "comune" metodo storico-comparativo. Il diritto quale espressione culturale di una determinata società, condizionata dai fattori storico-sociali che caratterizzano una data situazione spazio-temporale. L'idea di tradizione giuridica. Verso un nuovo *ius commune*.

1. *A proposito di uno scritto di Diego Corapi sullo studio e l'insegnamento del diritto comparato. Il ruolo della storia e della comparazione nel passaggio ad un sistema "aperto" agli apporti di tutte le fonti del diritto. L'internazionalizzazione dei rapporti economici e l'esigenza di educare il giurista alle mutate esigenze scientifiche e professionali*

Ho conosciuto Diego Corapi all'esordio degli anni '80, quando, proprio nell'intraprendere la sua breve ma intensa stagione napoletana, con una scelta che appariva in controtendenza rispetto alle aspettative accademiche del tempo, lasciò l'insegnamento del diritto commerciale (fino ad allora tenuto presso l'Università di Salerno) per iniziare quel lungo e fruttuoso itinerario che poi sarà interamente dedicato alla comparazione giuridica. Fino a quell'epoca, nell'austera Facoltà fridericiana, dedita agli studi romanistici e di diritto positivo, l'insegnamento di una materia comparativa, da parte di un professore ordinario, era considerato un lusso. La stessa "chiamata" di Diego Corapi fu giustificata sulla base dei meriti personali dello studioso, considerato uno dei più solidi cultori del diritto commerciale, non certo per una qualche indulgenza verso la comparazione giuridica, giudicata "materia complementare" e di secondo piano, idonea a formare didatticamente il nuovo docente (così come era accaduto fino ad allora) prima della sua ascesa agli insegnamenti di Istituzioni di diritto privato e, poi, di Diritto civile. Per noi che eravamo dediti allo studio del diritto civile, però, quella esperienza fu un'occasione irripetibile di arricchimento culturale e, forse, un segno del destino, che poi avrebbe inciso sull'ultimo (ma più importante e duraturo) tratto dell'attuale percorso accademico.

Alcuni dei temi da lui affrontati nei corsi di lezione tenuti anche presso la Scuola di perfezionamento in diritto civile li ritrovai, qualche anno dopo, in un saggio dedicato allo studio ed all'insegnamento del diritto privato comparato nelle Università italiane<sup>1</sup>. In controluce traspare la formazione culturale dell'Autore: da un lato, rappresentante dell'autorevole tradizione comparatistica della scuola italiana di diritto commerciale, che, come egli stesso ricorda<sup>2</sup>, ha potuto annoverare tra le sue fila, ed in una posizione di primazia, lo stesso Tullio Ascarelli; dall'altro educato al magistero illuminato di quell'esimio studioso del diritto civile che, pur «di formazione dogmatico-concettualistica»<sup>3</sup>, spinto da «affioranti inquietudini culturali», «si

Il contributo si colloca nell'ambito della ricerca PRIN 2010-2011 su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice», Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> D. CORAPI, *Lo studio e l'insegnamento del diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 435 ss.

<sup>2</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 435 s.

<sup>3</sup> Così, D. CORAPI, *op. cit.*, 438, in nota 5, là dove cita le opere di Gino GORLA dedicate a *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ed a *Il sentimento del diritto soggettivo*, in *A. de Tocqueville*, Pavia, 1948; *Commento a Tocqueville. «L'idea dei diritti»*, Milano, 1948.

tuffò nel mondo della *common law*, per riemergerne con la concezione aperta e antidogmatica espressa nelle sue indagini sul contratto» e sul ruolo della giurisprudenza «come fattore o fonte sostanziale del diritto»<sup>4</sup>. Proprio l'emblematica vicenda intellettuale «del nostro maestro»<sup>5</sup> permetteva di comprendere cosa rappresentasse «una base di comparazione storica per l'acquisto di una sicura metodologia giuridica»<sup>6</sup>.

Il diritto italiano, al pari delle altre esperienze di *civil law*, si presentava più che mai come un «sistema “chiuso”, nel senso che la interpretazione giuridica, gli stessi modi del pensiero giuridico» tendevano ad un dogmatismo che era «alimentato dai soli elementi interni al sistema stesso»<sup>7</sup>. Ed ecco che la comparazione, anche diacronica, perché «il semplice riferimento storico è già comparazione»<sup>8</sup>, nell'«aiutarci ad individuare i diversi elementi e a distinguerli»<sup>9</sup>, e nel porre in luce dati «non strettamente giuridici, ma sociologici, economici, politici»<sup>10</sup>, poteva favorire inevitabilmente «un cambiamento fondamentale del nostro modo di intendere il diritto»<sup>11</sup>, rappresentando il «travagliato momento di passaggio» da un «ordinamento “chiuso” ed autosufficiente» ad un sistema “aperto” agli apporti di tutte le fonti del diritto<sup>12</sup>.

Il diritto commerciale, «forse più di altre materie», esigeva «la comparazione con gli altri ordinamenti, perché la sua posizione di strumento per i traffici – strumento per la vita economica → lo aveva collocato, da sempre, «concretamente e immediatamente»<sup>13</sup> in contatto con l'esperienza degli altri paesi. Già nel diritto romano esso «era espressione dello *ius gentium*. Con la riscoperta del diritto nell'Italia medievale e con gli sviluppi europei nell'età rinascimentale e moderna, il diritto commerciale (la *lex mercatoria*) rinasce come diritto naturalmente transnazionale»<sup>14</sup>. Proprio le vicende storiche di questa materia spingono a pensare la comparazione giuridica, sotto il profilo metodologico, come lo strumento essenziale che riesce a «mettere in luce lo “specifico” giuridico» dei singoli istituti e «dei diversi ordinamenti posti a raffronto»<sup>15</sup>, ma anche ad auspicarne il possibile supe-

<sup>4</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*, ove cita G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955; ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

<sup>5</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>6</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 436.

<sup>7</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 437.

<sup>8</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 436.

<sup>9</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 439.

<sup>10</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>11</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 441.

<sup>12</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 441 e 445.

<sup>13</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 435.

<sup>14</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>15</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 438 e 440.

ramento allorquando «saranno cambiate le istituzioni fondamentali della nostra società»<sup>16</sup>.

Le idee così chiaramente enunciate da Diego Corapi sono oggi percepite come un'evidente necessità. In un mondo caratterizzato dall'accelerata circolazione di ogni scienza e conoscenza si avverte, in maniera ormai diffusa, la necessità di educare il giurista alle mutate esigenze scientifiche e professionali. In presenza di una tradizione che, nel campo del diritto, si presenta ancora legata ai modelli nazionali, l'Università non riesce più a svolgere, con sufficienza, i suoi essenziali compiti culturali.

L'insegnamento degli studi giuridici sconta ancora sia le pericolose illusioni municipali che, unitamente alle velleità formalistiche e dogmatiche, si accompagnano ad ogni codificazione nazionale, anche la più modesta; sia l'ignoranza del complessivo contesto ambientale del quale il diritto, quale scienza pratica e sociale, necessariamente è parte.

Il movimento dell'economia e del diritto verso grandi insiemi, non soltanto in Europa, ma anche in Asia e in America Latina, e verso fenomeni di uniformazione dei mercati e dei modelli giuridici decreta il declino dello Stato nazionale e dei postulati del positivismo legislativo, che hanno determinato la frantumazione del diritto nel tempo e nello spazio.

La progressiva educazione del giurista europeo alle discipline comparative e transnazionali – che anche la burocrazia universitaria ha iniziato a riconoscere, sia pure tra inammissibili ritardi e contraddizioni – e la necessaria conoscenza della lingua che oggi costituisce il vettore della diffusione planetaria (e del trapianto) di «iper-nozioni e, nel contempo, la garanzia del “prestigio” di modelli giuridici emancipati dai vincoli della traduzione»<sup>17</sup> rappresentano la percezione di esigenze culturali e professionali non più differibili. L'internazionalizzazione dei rapporti economici comincia a marginalizzare quelle entità che non sono in grado di dotarsi di una struttura organizzativa e, soprattutto, di conoscenze idonee a superare le prassi sub-ottimali tradizionali (*path dependency*). Parafrasando il celebrato teorema di Coase, a costi transattivi bassi uno studio legale si afferma e circola in tutta l'area in cui la sua attività risulta essere efficiente. In un mercato transnazionale c'è sempre meno spazio per giuristi artigiani che sono incapaci di curare adeguatamente gli interessi dei propri clienti anche di là dagli angusti confini statuali. Ecco che, allora, una corretta conoscenza comparativa dei diritti diviene una necessità ineludibile non soltanto per la ricerca scientifica, per il legislatore e per la giurisprudenza, ma anche per l'esercizio delle professioni legali. In questo senso il metodo comparativo,

<sup>16</sup> D. CORAPI, *op. cit.*, 441.

<sup>17</sup> In questi termini, G. AJANI, *Navigatori e giuristi. A proposito del trapianto di nozioni vaghe*, in *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, a cura di V. Bertorello, *l'Alambicco del Comparatista*, n. 6, Collana diretta da M. Lupoi, Milano, 2003, 13, il quale acutamente rileva che la capacità di circolazione e di radicamento di tali iper-nozioni è inversamente proporzionale al mantenimento del loro originario significato tecnico.

oltre alle finalità teoriche e pratiche tradizionali, inizia ad assumere, quanto meno in alcuni settori, una funzione essenziale pure nella quotidiana interpretazione e applicazione del diritto.

*2. La storia del diritto comparato in Italia: il contributo di Salvatore Galgano. La comparazione quale unico rimedio per superare l'isolamento della scienza giuridica italiana nel suo «ristretto e conchiuso campo accademico-universitario»*

Queste idee erano già state espresse, in Italia, quasi un secolo prima, da chi aveva percepito come soltanto lo studio del diritto comparato fosse in grado di trarre la scienza giuridica nostrana dal progressivo isolamento nel suo «ristretto e conchiuso campo accademico-universitario»<sup>18</sup> nel quale già all'epoca si trovava costretta. Tale studioso<sup>19</sup>, che, a buon diritto, può esse-

<sup>18</sup> S. GALGANO, *Sulla "funzione giuridica" del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, anno I, n. 3, c. 44.

<sup>19</sup> Salvatore Galgano (Albano di Lucania, Potenza, 24 maggio 1887 – Roma, 1965), laureatosi in Giurisprudenza il 9 dicembre 1909 presso la Regia Università di Napoli, ha tenuto, nel 1914-1915, per incarico il corso di Diritto privato comparato presso gli Istituti Giuridici di questa Università. Nel 1920 ha vinto il concorso di professore ordinario di Istituzioni di diritto civile presso l'Istituto Superiore di Scienze Sociali e Politiche "C. Alfieri" di Firenze. Dopo aver insegnato Diritto civile presso la Scuola Superiore di Economia e Commercio di Venezia (1921-1922), e presso le Università di Macerata (1923-1924) e di Palermo (1923-1926), dal 1926 al 1935 è stato titolare delle cattedre di Diritto civile e Diritto processuale civile presso l'Università di Napoli. Dal 1936, e fino al suo collocamento a riposo (1962) insegnerà Diritto privato comparato, Diritto processuale civile e svariate altre discipline nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma. Coordinatore del gruppo italiano ai primi quattro Congressi internazionali di diritto comparato, poliglotta, ha tenuto corsi e conferenze in molteplici Università straniere (Università di Parigi; Università di Amburgo; Columbia University di New York; Northwestern University di Chicago; Yale University; Harvard University; Catholic University di Washington e di Montréal, ecc.).

Dal 1924 fu chiamato a far parte della Commissione Reale per la riforma dei codici e partecipò assiduamente alle sottocommissioni presiedute da Vittorio Scialoja (codice civile) e Mariano D'Amelio (codice di commercio). Tuttavia, nel periodo più buio del fascismo, insieme con altri 51 docenti dell'Università di Roma (tra i quali vi erano Filippo Vassalli, Guido Zanobini, Tommaso Perassi, Fulvio Maroi, Enrico Bompiani, Gino Funaioli, e tanti altri), conobbe la persecuzione delle leggi razziali e fu deferito, nel 1938, al giudizio di epurazione dall'Alto Commissariato per le sanzioni contro il fascismo. Dopo la fine della seconda guerra mondiale, fu incaricato dal Ministro Guardasigilli di presiedere varie commissioni incaricate di affrontare e risolvere i gravi problemi relativi alle riforme dei codici e delle leggi organiche [queste informazioni sono state tratte da ACS, Min. Pubbl. Istruz., Pers., fasc. *ad nomen*; per ulteriori indicazioni v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, voce *Galgano, Salvatore*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M.N. Miletta, vol. I, Bologna, 2013, 932 s.].

Anche la sua opera scientifica si caratterizza per una personalità eclettica e per una profonda cultura storico-filosofica e transnazionale: dalla storia al diritto civile, dal diritto romano al diritto comune, dal diritto costituzionale al diritto processuale, dal diritto maritti-

re considerato il vero precursore della scienza comparativa nel nostro paese, era sceso in campo, altresì, contro la «imminente soppressione», nelle nostre Facoltà, degli insegnamenti di Diritto privato comparato, ricordando come, tra i grandi pensatori stranieri che più ne erano rimasti «commossi e preoccupati», vi fosse proprio Saleilles<sup>20</sup>. Il quale, nell'esprimere la sua *grande émotion* in seno alla *Société d'études législatives* e l'augurio che il provvedimento annunziato non avesse avuto luogo, ricordava che l'Italia era certamente il paese in cui il diritto comparato avrebbe dovuto assumere «il maggiore sviluppo»<sup>21</sup>. E ciò, sia per la qualità dei lavori giuridici pubblicati dai professori delle sue Università, che dimostravano di aver saputo «utilizzare così bene, e con un metodo più sicuro», la comparazione tra i diritti stranieri<sup>22</sup>. Sia perché tale «paese meraviglioso in cui tutte le più diverse nazioni si sono incontrate nel corso della storia» doveva custodire ancora la «missione speciale», che più che «nazionale» era una «*missione mondiale*», di «servire da intermediaria» tra le diverse influenze giuridiche<sup>23</sup>.

Giammai tempo era stato «più favorevole, sul terreno del diritto, ad una specie di fusione e penetrazione delle correnti scientifiche»<sup>24</sup>, le quali concorrono all'elaborazione del diritto. In questa «lotta giuridica per la verità», nella quale si fronteggiavano due grandi esperienze che cercavano «di interpenetrarsi, l'una che viene dalla tradizione francese, l'altra dal diritto germanico», l'Italia, proprio perché «interessata meno personalmente», era «chiamata più che ogni altra a concorrere a questa fusione delle dottrine, a questa penetrazione reciproca delle istituzioni». La nostra scienza giuridi-

mo ai problemi di unificazione del diritto e di attività legislativa. Scegliendo, «fior da fiore», tra le opere più rilevanti, sembra doveroso menzionare gli scritti dedicati all'arbitrato (poi riuniti nei *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Riv. crit. dir. e giur.*, 1911), alla sostituzione processuale (*Sulla dottrina della sostituzione processuale*, Napoli, 1911), alla buona fede (*Sull'essenza della buona e mala fede*, Roma, 1914), alla violenza nel consenso e al matrimonio putativo («*Casus rariores*»: *I° Violenza nel consenso e matrimonio putativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, fasc. 2° e 3°), ai limiti subiettivi dell'*usucapio* (*I limiti subiettivi dell'antica «usucapio»*, Napoli, 1913), alla riforma del processo civile (*Sulla riforma del procedimento civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924; *Ai margini della riforma del procedimento civile: I° La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause*, *ivi*, 1925), alle sostituzioni subordinate alla clausola *si haeres sine liberis decesserit* e al fedecommesso condizionale (*Le sostituzioni «si haeres sine liberis decesserit» ed il fedecommesso condizionale*, in *Foro it.*, 1928), «esempio impareggiabile di comparazione svolta fra quasi tutti gli ordinamenti del mondo» (così, L. CARIOTA FERRARA, *Salvatore Galgano*, in *Annuario dir. comp.*, Serie III, 1965, VI). Ma ciò che più di ogni altra ne caratterizzerà il pensiero e l'azione, con connotazioni di assoluta originalità, sarà l'attività di eccelso e instancabile organizzatore e promotore di cultura giuridica e l'opera di vero e proprio precursore e Maestro nel campo della comparazione giuridica e dello studio dei diritti stranieri, in Italia.

<sup>20</sup> S. GALGANO, *Sulla «funzione giuridica» del Diritto privato comparato*, cit., c. 41.

<sup>21</sup> Il pensiero di R. SALEILLES è citato da S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> R. SALEILLES, come citato da S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>23</sup> R. SALEILLES, in S. GALGANO, *op. ult. cit.*, cc. 41 e 42 (il corsivo è dell'Autore).

<sup>24</sup> R. SALEILLES, in S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 42.

ca, che nel passato aveva reso già, a tal riguardo, degli eminenti servigi, avrebbe dovuto prestarne «più considerevoli ancora nell'avvenire», se l'insegnamento delle sue Università si fosse saputo orientare «finalmente nel senso di queste alte tendenze direttrici»<sup>25</sup>.

Con grande eleganza, attraverso una sineddoche, Saleilles ricordava alla letteratura civilistica italiana, orfana della grande tradizione medievale e umanistica, come, in presenza di codici che avevano imitato alla lettera quelli francesi, e di una dottrina che si limitava a recepire acriticamente i modelli pandettisti, il suo unico avvenire fosse ormai irrimediabilmente riposto nello sviluppo della scienza comparativa. Ed è, forse, proprio in questa felice intuizione del grande giurista francese la spiegazione della ragione per la quale, in presenza di una letteratura civilistica che non supererà i confini municipali, sarà la scuola civil-comparatistica italiana ad avere una visibilità ed una considerazione trans-nazionali<sup>26</sup>. In presenza di un diritto privato italiano che, non presentandosi come modello particolarmente originale e prestigioso, non interessava punto il giurista straniero, doveva essere la comparazione giuridica ad assumere un ruolo trainante, non soltanto per «gli studiosi del diritto interno in genere, ma anche [per] i magistrati, gli avvocati, gli uomini d'affari»<sup>27</sup>.

### 3. Segue. *Il ruolo epistemico della comparazione, quale strumento di conoscenza e di educazione giuridica. Una sorprendente concezione anti-positivistica ed anti-dogmatica del diritto*

Quando, nel giorno di Pasqua del 1927, Salvatore Galgano, allora Professore della Regia Università di Napoli, vergava le scarne, stringate pagine di Premessa alla pubblicazione del primo numero dell'Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, la carta geografica dell'Europa si mostrava ancora infranta, anche nel campo del diritto, da un conflitto ancora recente, che aveva irrimediabilmente mutato i «rapporti culturali fra i numerosi paesi in lotta»<sup>28</sup>. Gli imponenti mutamenti politici avevano determinato profonde modificazioni o veri rivolgimenti negli ordini giuridici «ed un

<sup>25</sup> R. SALEILLES, in S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>26</sup> Basti citare, per tutti, il successo arriso a R. SACCO, soprattutto dopo la pubblicazione del volume *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991, e del saggio *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, apparso, in due puntate, in *American Journ. Comp. Law*, XXXIX, 1991, 1-34, 343-402. Il suo esempio è stato seguito dalla maggior parte dei comparatisti italiani, sia "privatisti", sia "pubblicisti", che hanno pubblicato studi di ampio respiro, rigorosamente *non* ispirati al diritto italiano, sulle più autorevoli riviste in lingua inglese e francese. In considerazione del loro numero è impossibile, qui, farne un elenco.

<sup>27</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 44.

<sup>28</sup> Le espressioni tra virgolette sono di S. GALGANO, *Premessa*, in *Annuario dir. comp.*, 1927, I, IX.

fervore febbrile di ulteriore rinnovamento»<sup>29</sup>. I tratti fisionomici di tali diritti risultavano alterati ben più profondamente di quelli politici. Occorreva lavorare alla ripresa di quei rapporti ed apprestare i mezzi per la comprensione delle nuove creazioni nel mondo del diritto<sup>30</sup>.

La conoscenza, ottenuta con lo studio comparativo delle diverse esperienze giuridiche, appariva uno strumento «indispensabil[e] a dare la nozione esatta di ciò che, nei vari paesi, il diritto» è nella realtà attuale e nelle sue tendenze evolutive<sup>31</sup>. Con il volgere degli anni l'Annuario intendeva «poter offrire allo studioso una singolare cretomazia di giurisprudenza comparata ed al tempo stesso un quadro delle fasi di elaborazione dottrinale dei vari istituti e dei tentativi di loro rinnovamento»<sup>32</sup>. Ma, «ciò che più importa[va]», doveva «mettere in grado di scoprire la direzione secondo cui si muove nel suo cammino il pensiero giuridico, la tendenza delle aspirazioni e l'insieme dei bisogni della vita del diritto in un complesso di organizzazioni statali, e permettergli infine di accertare la possibilità e gli orientamenti di una graduale assimilazione ed unificazione dei rispettivi ordinamenti»<sup>33</sup>.

La conquista di un metodo «veramente scientifico» nello studio delle esperienze straniere, per chi l'aveva «sperimentato nelle sue estreme difficoltà e nei suoi risultati meravigliosi», appariva essere «sicuramente uno dei più luminosi stromenti di scoperta del diritto interno ed un incomparabile mezzo di educazione giuridica»<sup>34</sup>. Tuttavia, l'Annuario sarebbe sceso «in lotta» contro «il diletterismo, [...] dilagante, degli inesperti e dei superficiali», che avevano fatto del diritto straniero «una fonte piuttosto copiosa di incomprensioni, di equivoci e di errori, ed uno dei maggiori pericoli per il legislatore e per l'interprete»<sup>35</sup>.

Questo essenziale ruolo della comparazione giuridica viene pragmaticamente coordinato con l'attività di elaborazione di problemi legislativi che, da sempre, non avevano costituito «la predilizione più spiccata della nostra dottrina», quando, addirittura, non erano stati «circondati di minor favore e tenuti quasi a disdegno»<sup>36</sup>. L'«occupazione ideale del nostro giurista» risultava essere il mero «esame della norma preconstituita: [...] e nessun maggior diletto per esso che quello di dissezionarla nelle sue più ascose latetre e poi del ricomporla nei suoi elementi o insieme con altre costituire un sistema»<sup>37</sup>. Ecco il «giurista-legislatore», a ragione considerato «un po'

<sup>29</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, IX.

<sup>30</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>31</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, VIII.

<sup>32</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>33</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>34</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>35</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>36</sup> S. GALGANO, *Per un Istituto di studi legislativi*, in *Annuario dir. comp.*, 1927, I, 9.

<sup>37</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*



come un uomo di fantasia accesa, meno ossequente ai suoi doveri di studioso, che si lascia deviare dalla sua strada da miraggi ingannatori»<sup>38</sup>.

Tale sorprendente concezione anti-positivistica<sup>39</sup> ed anti-dogmatica riposa con evidenza su una chiara idea della comparazione, nella sua valenza storica, quale indispensabile strumento di comprensione culturale del diritto. Soltanto essa può costituire l'antidoto avverso la «strana conseguenza del permanere tuttodi di tanta parte di concezioni alquanto primitive e solo in apparenza superate: la norma è opera esclusiva dell'autorità; quando sarà stata emanata, i cittadini la subiranno; e i giuristi, grande privilegio, cominceranno a tesservi intorno il loro mirabile ricamo»<sup>40</sup>.

Il legame tra storia e comparazione, nel pensiero di Salvatore Galgano, è colto da Luigi Cariota Ferrara, il quale, nel ricordare proprio sulle pagine della Rivista la figura del Maestro a seguito della sua scomparsa, così esclama: «Comparazione! Fu proprio Egli a farne oggetto di una disciplina, da collocare accanto alla storia, in quanto l'una e le altre destinate a ricostruire gli ordinamenti nei vari tempi e nei vari Paesi, additandone l'evoluzione, le affinità e le differenziazioni, onde poter risolvere nuovi problemi che trascendono il singolo ordinamento e cercare le leggi che ne reggono lo sviluppo e ne additano la possibilità di confluenze o di unificazione in una più vasta legislazione»<sup>41</sup>.

Come si è rilevato, in uno dei rari scritti dedicati a porre in evidenza il contributo dell'Annuario di Diritto Comparato alla cultura giuridica del primo dopoguerra, proprio in un periodo oscuro quale è stato quello del fascismo, caratterizzato da una profonda chiusura politica, in cui sembrerebbe essersi consumata in modo definitivo la rottura con lo *ius commune*, il giurista si mostra aperto alla comunicazione con altri ordinamenti, attento a non considerarsi avulso dalla realtà esterna, sensibile alla progressiva internazionalizzazione degli scambi e quindi dei rapporti giuridici: in una parola, cosciente di sé e del proprio compito<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> Rileva tale aspetto anche E. CALZOLAIO, *Interessi e scopi della comparazione in Italia tra il primo e il secondo dopoguerra: l'esperienza dell'«Annuario di diritto comparato»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 217.

<sup>40</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>41</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Salvatore Galgano*, cit., VI.

<sup>42</sup> Testualmente, E. CALZOLAIO, *op. cit.*, 218.

4. Segue. *La comparazione quale «mezzo di determinazione ed interpretazione del diritto nazionale». Il distacco dall'idea di Saleilles: l'applicazione della regola straniera e la stessa interpretazione evolutiva devono essere (non soltanto «non in contraddizione», ma) «conformi» ai principi del diritto interno*

Nella sua valenza pratica la comparazione assurge, altresì, a «mezzo di determinazione ed interpretazione del diritto nazionale»<sup>43</sup>.

La constatazione, nella sua linearità, è di tutta evidenza. Da un lato, codici dichiaratamente francesi richiedevano di essere interpretati sulla base della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza della madre-patria d'oltralpe. Secondo il principio, poi lucidamente enunciato, secondo il quale la ricezione di un testo legislativo straniero implica, necessariamente, anche la circolazione della relativa scienza giuridica. Dall'altro, la comparazione doveva svolgere un'essenziale funzione epistemica, nella misura in cui permetteva di arricchire il diritto italiano, sia sotto il profilo scientifico e culturale, sia sotto quello eminentemente tecnico-pratico, consentendo all'interprete di colmare, attraverso l'ermeneutica, le più vistose "lacune", con il ricorso ad un *diritto comparato sussidiario* tratto dai modelli più prestigiosi. Secondo il pensiero di Saleilles, il diritto comparato, «col ravvicinamento delle giurisprudenze sul terreno d'un diritto naturale trasformato, e ridotto in formule di applicazione giuridica», sarebbe divenuto, «nelle sue grandi linee, il diritto comune dell'umanità civile, e per conseguenza il diritto sussidiario, che, al di là dei diritti locali», avrebbe realizzato «l'unione dei principi, pur conservando per ciascun paese, l'indipendenza assoluta della propria vitalità»<sup>44</sup>.

Salvalore Galgano rileva – con un'affermazione che all'epoca poteva sembrare blasfema – come proprio l'indagine comparativa avesse mostrato che i metodi della scuola storica, nello studio del diritto romano, «pur avendo portato a risultati notevolissimi, erano incompleti e difettosi, per essere tale scuola troppo chiusa nel cerchio di uno stretto nazionalismo»<sup>45</sup>. Sottolinea, altresì, come la comparazione giuridica, con l'ausilio della sociologia e dell'antropologia, avesse consentito di ottenere le importanti «scoperte che conseguirono allo studio del diritto di popoli primitivi [e] delle civiltà orientali (tutt'altro per vero che primitive)»<sup>46</sup>. Ma non era, questa, la mera espressione della «bellezza fredda della scienza pura, "fatta di impassibilità ed indifferenza", senza un alito caldo per coloro che sono più che d'altro presi dalla preoccupazione dei problemi interessanti la vita del diritto»<sup>47</sup>. Non si poteva disconoscere che, anche in questo campo, non

<sup>43</sup> S. GALGANO, *Sulla "funzione giuridica" del Diritto privato comparato*, cit., c. 44.

<sup>44</sup> R. SALEILLES, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, 111 s.

<sup>45</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 45.

<sup>46</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 46.

<sup>47</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

fossero mancati tentativi di utilizzazione pratica di tali indagini. Nei paesi anglosassoni, lo studio del diritto degli indiani e dei popoli delle colonie era stato praticato anche «a fin di permettere una meno disagiata convivenza delle istituzioni locali con le esigenze della madre patria»<sup>48</sup>. E così, anche in Francia, quanto al diritto musulmano.

Una funzione pratica della comparazione viene ravvisata proprio in quelle finalità di politica giurisprudenziale che, così nitidamente, erano state individuate, prima, da Josef Kohler<sup>49</sup> e, poi, dallo stesso Saleilles. Poiché «La legge [...] non può prevedere e regolare tutti i casi pratici, che la vita del diritto viene incessantemente foggiando», è proprio il diritto comparato, «concepito come il complesso fra l'altro dei principii giuridici risultanti dal confronto delle diverse legislazioni e dal movimento dottrinale che a queste si ricollega», a dover fornire le risposte, «quali soluzioni di diritto comune che tendono a farsi accettare quasi dovunque»<sup>50</sup>. La comparazione offre «una base dottrinale assolutamente oggettiva alle decisioni ed all'interpretazione dei tribunali in tutti i paesi», «se non proprio equivalente a quella di un testo legislativo, quasi della medesima natura»<sup>51</sup>. Essa contribuisce a creare «una specie di diritto comune, superiore alle diversità legislative, e destinato per conseguenza a servire di diritto sussidiario, per la giurisprudenza di ogni Stato, nel caso di lacuna del diritto interno»<sup>52</sup>.

Sul punto, tuttavia, il pensiero di Salvatore Galgano si distacca da quello del Maestro d'oltralpe. La presenza dell'art. 3 disp. prel. del previgente codice civile, espressione della concezione nazionalistica del problema delle fonti<sup>53</sup>, rendeva impossibile assegnare al diritto comparato la medesima funzione che ebbero il diritto romano (o tedesco per i *deutsche Landrechte*) comune e il diritto generale territoriale prussiano rispetto ai diritti particolari<sup>54</sup>. La norma di diritto straniero non poteva «essere vincolativa in maniera assoluta pel giudice italiano, sì come una qualsiasi altra disposizione

<sup>48</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>49</sup> J. KOLHER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *GrünbutsZ*, 13, 1886, 1 s. Tra i tanti, J. ESSER, *Gundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, 147 s., 253 s.

<sup>50</sup> Il pensiero di R. SALEILLES è riassunto da S. GALGANO, *Sulla "funzione giuridica" del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, anno I, n. 4, c. 58.

<sup>51</sup> Ancora S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 58 s.

<sup>52</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 60, per il quale si tratta, insomma, «per ciascun paese, di concorrere alla formazione d'un diritto [...] che sia per l'insieme degli Stati, ciò che era, nei paesi con ordinamenti consuetudinari o legislazioni locali diversi (quali la Francia antica e la Germania prima del codice del 1896) la costruzione progressiva di un diritto unitario formantesi al di sopra e al di là delle diversità giuridiche particolari».

<sup>53</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 69.

<sup>54</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 71 s.

di diritto interno»<sup>55</sup>. Il ricorso al diritto comparato, pur non essendo «mai necessario», poiché esso non è «fonte sussidiaria di diritto interno», poteva essere praticato allorché fosse «utile: ed allora il diritto [...] straniero cui si faccia richiamo, salva sempre concettualmente la libertà del giudice di accoglierne o non i principi, funge soltanto da organo complementare di rivelazione del diritto interno»<sup>56</sup>. Non basta che la norma straniera «non sia in contraddizione col diritto interno, ma necessita che a questo sia conforme». Deve corrispondere «ad un principio giacente già in seno al diritto nazionale, sia pure allo stato latente e tale da renderlo altrimenti meno facilmente accertabile»<sup>57</sup>.

Questa convinzione, che muove dall'idea della «non lacunarità» dell'ordinamento giuridico, non impedisce all'autore di sottolineare la straordinaria importanza dello studio del diritto comparato nel campo della c.d. interpretazione evolutiva o progressiva<sup>58</sup>. I principi comuni che il metodo comparativo «avrà ricavato dai singoli elementi giuridici posti in relazione, saranno spesso anche i principii generali di diritto informatori dei singoli istituti da ciascuno di questi regolati; e gl'ideali, le aspirazioni comuni, che esso additerà, saranno spesso il segno più sicuro della esistenza di questi nuovi bisogni, che sollecitano la interpretazione evolutiva»<sup>59</sup>.

5. Segue. *Il superamento «delle mere discettazioni sull'oggetto e sulla funzione del diritto comparato». La conquista di un metodo sistematico che sia scientificamente «inflexibile». La comparazione come espressione di una «visione supernazionale dei fenomeni giuridici». Verso la progressiva unificazione degli ordinamenti*

Nell'effettuare un primo consuntivo del lavoro svolto dall'Annuario, nel 1930 Salvatore Galgano interviene con un secondo, più ampio editoriale, in occasione dell'elaborazione dei progetti italiani dei codici penale, di commercio e di procedura civile. Nel ribadire il valore centrale della comparazione, considerata «una delle maggiori cause di propulsione della nostra scienza», che soltanto «pel tramite della cultura straniera» può giungere ad «una più chiara definizione della sua superiore fisionomia», constatata come fosse ormai superata la fase «delle mere discettazioni sull'oggetto e sulla funzione del diritto comparato, sulla sua natura e autonomia e simili altre»<sup>60</sup>. Occorre comparare con il «rigore di un metodo scientifico infles-

<sup>55</sup> S. GALGANO, *Sulla «funzione giuridica» del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, anno I, n. 5, c. 78.

<sup>56</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>57</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>58</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, cc. 78 e 81.

<sup>59</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, c. 81.

<sup>60</sup> S. GALGANO, *Prefazione*, in *Annuario dir. comp.*, 1930, I, XII e X.

sibile», «non già a caso od a frammenti, questo o quell'ordinamento, ma determinati ordinamenti sistematicamente [...], senza soluzioni di continuità; in modo da evitare, oltre il pericolo di inesattezze, quello, non meno grave, di lacune»<sup>61</sup>.

L'Annuario si proponeva di «servire, attraverso la comparazione e l'uso degli speciali metodi adottati, una causa ulteriore, quella della progressiva unificazione internazionale degli ordinamenti giuridici»<sup>62</sup>. Ciò, sulla scia del progetto italo-francese di unificazione del diritto civile delle obbligazioni; dell'iniziativa, «anch'essa italiana», della costituzione presso la Società delle Nazioni dell'Istituto per l'Unificazione del Diritto Privato; di «esempi notissimi», quali il diritto comune consuetudinario francese, il *Deutsches Privatrecht* e, più recentemente, di «quel tanto di diritto privato comune che si è riuscito a formare negli Stati scandinavi»; del diritto uniforme «che si viene formando nel grande commercio internazionale attraverso le frequenti stipulazioni di arbitrati ed altri noti procedimenti, e che rinnova nel mondo moderno il fenomeno della formazione spontanea di un diritto comune alla pratica mercantile al di sopra delle frontiere dei singoli paesi»; delle stesse codificazioni moderne che, se segnarono la fine di organismi giuridici universali quali i diritti romano e canonico, si sostituirono «altresì al numeroso stuolo di legislazioni particolari già esistenti al posto di esse»<sup>63</sup>.

Le unificazioni che la storia ricorda «sono il frutto dell'opera di preparazione della scienza giuridica e di quella comparativa in particolare»<sup>64</sup>. Compito dell'Annuario era quello di cooperare, attraverso la comparazione, alla formazione di quella coscienza, vincendo «le resistenze del particolarismo giuridico locale, non meno tenace nelle diverse parti di una stessa comunità nazionale o statale che nei singoli elementi della comunità internazionale»<sup>65</sup>. L'analisi comparativa dei diritti «porta per sé stessa ad una visione supernazionale dei fenomeni giuridici. Ma soprattutto permette di realizzare la condizione preliminare ad ogni unificazione, la conoscenza cioè dei singoli ordinamenti e la determinazione del grado reale, non di rado alquanto diverso da quello supposto o... notorio, di somiglianza o difformità fra essi intercedenti»<sup>66</sup>. Se la conoscenza dei vari diritti costituisce «un'esigenza primordiale di ogni tentativo di unificazione, l'avvicinamento ed il coordinamento delle attività comparative rappresenta una condizione imprescindibile di una sua più rapida, più vasta ed adeguata realizzazione»<sup>67</sup>. Soltanto il «massimo di cooperazione internazionale alle medesime

<sup>61</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, X e XI.

<sup>62</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XIII.

<sup>63</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XIII e XIV.

<sup>64</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XV.

<sup>65</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XV e XVI.

<sup>66</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XVI.

<sup>67</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

indagini» può permettere di superare sia «il conservatorismo dei ceti forensi e l'inerzia degli organi legislativi», sia gli ostacoli dipendenti: dalla varietà dei metodi, «dei “punti di vista”», dello spirito di osservazione propri della elaborazione del diritto, interno e straniero, nei singoli paesi»; dalla «generale diversità di temperamento etnico e di ambiente spirituale ed economico»; dalla differenza «specifica di educazione e sensibilità giuridica degli studiosi e dei pratici del diritto»; dallo «stato di isolamento più o meno integrale in cui, a differenza di ogni altro campo del sapere, dalla scomparsa del diritto romano comune in poi, si è venuta svolgendo nell'interno di ciascun paese la elaborazione del diritto»<sup>68</sup>. In tal senso la comparazione non è che il primo passo sulla via che conduce gradualmente, ma fatalmente, ad un avvicinamento e ad una assimilazione progressivi. Assimilazione «soprattutto dei metodi di studio e avvicinamento spirituale degli studiosi»<sup>69</sup>.

*6. Il contributo dell'Annuario di Diritto Comparato allo sviluppo della cultura giuridica italiana del XX secolo. Il ruolo dell'Istituto di Studi Legislativi nella promozione delle ricerche di diritto comparato, di storia, di statistica e di economia applicate al diritto. Pluralismo giuridico, conflitto tra le fonti di produzione del diritto e molteplicità dei “punti di osservazione”*

L'Annuario aveva l'ambizione, custodita «nel chiuso fervore della passione che lo germinò», di essere l'«organo periodico di avvicinamento e coordinamento dell'attività giuridica internazionale»; il punto di incontro e di collegamento di quegli studiosi che intendevano «promuovere via via in loro il senso della partecipazione ad una medesima fatica ed un affiatamento sempre più intensi, la visione di mete sostanzialmente comuni da raggiungere e la disposizione a guardar verso queste con occhi rinnovati ed adusati ad orizzonti più vasti»; lo strumento culturale del formarsi, nella comunità scientifica dei vari paesi, «di quelle medesime condizioni in cui si svolse l'opera dei giuristi che già prima lavorarono efficacemente ad altre unificazioni»<sup>70</sup>. L'opera che era stata compiuta non era che «un primo passo nel cammino lunghissimo, che ancora resta da percorrere»<sup>71</sup>. Ma l'aver «additato le mete e segnato le vie» rappresentava, «al di sopra dei singoli risultati conseguiti, il suo valore ed il suo significato più alti»<sup>72</sup>.

Attorno a questo progetto, prevalentemente rivolto allo studio del diritto privato, ma che non avrebbe trascurato i più significativi problemi del diritto pubblico, così come le più importanti riforme amministrative e i «nuovi ordinamenti costituzionali recentemente adottati, o in corso di ela-

<sup>68</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XVI e XVII.

<sup>69</sup> S. GALGANO, *op. ult. cit.*, XVIII.

<sup>70</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>71</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>72</sup> S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

borazione, in numerosi paesi»<sup>73</sup>, si erano stretti giuristi del livello di Vittorio Scialoja, Mariano D'Amelio, Pietro Bonfante, Vincenzo Arangio-Ruiz, Pietro De Francisci, Giorgio Del Vecchio, Roberto De Ruggiero, Alfredo Ascoli, Alberto Asquini, Paolo Emilio Bensa, Fulvio Maroi, Biagio Brugi, Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda, Pietro Calamandrei, Leonardo Coviello, Antonio Cicu, Giovanni Pacchioni, Filippo Vassalli, Cesare Vivante, Lorenzo Mossa, Francesco Messineo, Alessandro Graziani, Ernst Rabel, H.C. Gutteridge, A. Loeber, P. Oertmann, R. Pollak, Adolfo Ravà, Enrico Redenti, Alfredo Rocco, Santi Romano, Tommaso Perassi, Aurelio Candian, Gioacchino Scaduto, Angelo Sraffa, per citarne soltanto alcuni, in ordine sparso. Le Rassegne di diritto inglese erano affidate alla penna di P. H. Winfield (e di Mario Sarfatti).

La straordinaria statura culturale di questi studiosi induce a non stupirsi dell'attualità dell'iniziativa, della lungimiranza e della consapevolezza metodologica del programma scientifico delineato. L'Istituto di Studi Legislativi, del quale l'Annuario rappresentava l'organo periodico destinato a promuovere e divulgare i vari ordini di studi<sup>74</sup>, si proponeva altresì di favorire le ricerche di diritto comparato, nonché di storia, di statistica e di economia applicate al diritto, di esaminare «nella loro pratica applicazione le riforme legislative e le leggi in generale», di «dare impulso all'accertamento, alla raccolta e divulgazione delle consuetudini e, ove del caso, alla loro traduzione in norme legislative», di «coordinare e valorizzare l'opera di quanti» intendevano dedicarsi «specialmente allo studio di problemi di legislazione, e favorirla con l'apprestamento dei mezzi d'indagine necessari»<sup>75</sup>.

L'enorme quantità dei lavori accolti nell'Annuario e il progressivo ampliamento degli ordinamenti stranieri esaminati inducono, ben presto, l'Istituto di Studi Legislativi a disporre la pubblicazione separata di alcune parti che, nella prima serie, erano state comprese nella Rivista. Così, già nel 1932, i materiali di legislazione internazionale che non avevano trovato collocazione nell'Annuario erano stati raccolti in un volume a parte, il "Repertorio della legislazione mondiale", che prevedeva la pubblicazione dei testi legislativi di ben centoquindici paesi. Ma l'Annuario gemma ulteriori riviste destinate a sviluppare le sezioni dedicate alla dottrina e alla giurisprudenza. Nascono, così, la "Bibliografia giuridica internazionale", la "Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato" e la "Giurisprudenza comparata di diritto civile". Nel 1938 vedono la luce altre due riviste: la "Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, marittimo, aeronautico, industriale e d'autore" e la "Giurisprudenza comparata di diritto corporativo, sindacale e del lavoro". Tuttavia, dalla fine degli anni '40,

<sup>73</sup> S. GALGANO, *Premessa*, cit., VII.

<sup>74</sup> Così, S. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>75</sup> In questi termini, l'art. 2, nn. 1, 2, 3 e 4 dello Statuto dell'Istituto di Studi Legislativi, pubblicato in *Annuario dir. comp.*, 1927, I, XI.

l'Annuario, nella sua terza serie, denominata "Collana della ricostruzione", perderà le sue caratteristiche più significative, divenendo un contenitore di articoli e note di vario genere, sovente privi di ogni carattere comparativo. Dopo la stagione delle codificazioni, alla cui edificazione contribuiranno, direttamente o indirettamente, proprio quei giuristi che si erano riuniti attorno all'Annuario e al suo Direttore, la rivista vivrà un'ulteriore, ma breve esperienza, negli anni '90, sotto gli auspici del nuovo Istituto Italiano di Studi Legislativi.

L'Annuario di Diritto Comparato diretto da Salvatore Galgano, per qualità e per quantità degli scritti e delle informazioni raccolti, rappresenta un'esperienza unica e, per molti versi, irripetibile. In queste pagine, la riproduzione delle espressioni tra virgolette ha inteso garantire l'autenticità del pensiero dell'Autore (espresso, per altro, in scritti non facilmente reperibili) e testimoniare la sua innegabile attualità sui principali problemi metodologici che la comparazione pone, evitando ogni mediazione e contaminazione, anche soltanto terminologica, nella trasmissione dello specifico discorso giuridico. Si è voluto proporre un'obiettiva lettura storica di questo fenomeno, senza indulgere nella tentazione di esprimere critiche ingenerose ad idee meritoriamente espresse quasi un secolo fa.

Nelle tre serie nelle quali si articola, nel tempo, la Rivista, che alternerà periodi di sospensione a momenti di «ritmo frenetico»<sup>76</sup>, caratterizzati dalla pubblicazione anche bimestrale dei fascicoli, racchiude una mole impressionante di sentenze e di massime (oltre che di testi legislativi), provenienti dai numerosi ed autorevoli collaboratori corrispondenti nei diversi paesi. Oltre alle Rassegne di giurisprudenza, che raccolgono le più importanti sentenze di un ordinamento straniero per ciascun anno, e a quelle di legislazione, anch'esse affidate spesso alla penna di un giurista di madre lingua (un particolare interesse è rivolto, fin dai primi fascicoli, a diritti considerati ancora "esotici", come quelli nord-americano e giapponese), un ruolo primario è assegnato alla «illustrazione critico-comparativa delle singole decisioni da parte di studiosi del paese in cui esse siano state emanate e, insieme, da studiosi italiani (o esteri), perché sia così resa più agevole a lettori stranieri la individuazione del posto che ciascuna occupa nell'attività giurisprudenziale del paese d'origine, e quindi una valutazione esatta del suo contenuto effettivo e del suo vero significato»<sup>77</sup>. Con tale metodo era possibile, altresì, verificare come quella stessa controversia, decisa da una Corte straniera, sarebbe stata risolta dai giudici italiani o, comunque, appartenenti ad altra esperienza giuridica.

Nella sua seconda serie l'Annuario adotta una versione pluri-lingue. Gli articoli, preceduti da un *abstract* redatto almeno in due idiomi diversi da

<sup>76</sup> E. CALZOLAIO, *Interessi*, cit., 209.

<sup>77</sup> S. GALGANO, *Prefazione*, cit., VI e XI.



quello di scrittura, sono pubblicati nelle loro lingue originali. Anche gli "Indici" appaiono, oltre che in italiano, in inglese, in francese e in tedesco.

La nuova edizione dell'Annuario di Diritto Comparato, che riprende, nel 2010, la sua pubblicazione, pur prefiggendosi di perpetuare il contributo alla scienza giuridica nel segno della continuità, non vuole né può competere con le precedenti serie. Soprattutto con le prime due, gloriose e insuperabili, germinate dal meglio che il pensiero giuridico (europeo, ma non soltanto) era riuscito ad esprimere nella prima metà del secolo scorso.

Il dibattito, a volte intenso, che ha coinvolto la Direzione sulla struttura che l'Annuario avrebbe dovuto assumere agli esordi del terzo millennio, pur nella varietà delle idee espresse, ha manifestato una sostanziale comunanza di pensiero sui punti maggiormente significativi. Tra gli elementi di continuità, espressione di un *background* comune, v'è il proposito di accentuare l'approccio pragmatico e interdisciplinare, di rifuggire da categorie e dogmi, sovente espressione di fallaci omologazioni culturali, di ribadire la pari dignità di ogni esperienza giuridica, di sottolineare la consapevolezza del ruolo che la giurisprudenza ha ormai assunto, anche nei diritti continentali, «quale autonoma fonte di diritto»<sup>78</sup>.

I correttivi apportati all'originaria formulazione si propongono, invece, di adeguare il nuovo formato alle inedite esigenze poste dal fluire della storia. È parso impossibile conservare l'originario impianto enciclopedico planetario. Rispetto all'informazione, che oggi conosce itinerari assai più rapidi ed efficaci, si è cercato di preferire la formazione e la riflessione. A fronte di una partizione ispirata alla diversità ed alla distinzione tra le fonti (dottrina, giurisprudenza, legislazione), ordinate in una rigida gerarchia, l'attuale edizione diviene maggiormente consapevole di un diritto al plurale<sup>79</sup>, caratterizzato, per ogni dove, dalla lotta tra le fonti sostanziali di pro-

<sup>78</sup> In questi termini, anche la Cassazione italiana [Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Diritto e giur.*, 2010, 103, con nota di M. FEOLA, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*], la quale rileva che il legislatore consentirebbe all'interprete, nell'ambito «di una più ampia discrezionalità», di «attualizzare» il diritto, anche mediante l'individuazione [...] di nuove aree di protezione di interessi». In tal senso, il principio di legalità passerebbe «necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice». Sulla progressiva creazione, ad opera delle Corti europee, di un «diritto comune» trans-nazionale in materia di responsabilità civile, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Verso un "diritto comune" della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, 17 e *passim* (e la recensione di R. FAVALE, in *Zeit. Vergleichende Rechts.*, 2009, 437 ss.).

<sup>79</sup> Oltre al *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, pubblicato dall'*African Studies Center* di New York, tra i tanti, J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique. Essai de syntèse*, in GILISSEN (cur.), *Le Pluralisme juridique*, Bruxelles, 1971, 19 ss.; M.B. HOOKER, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*, Oxford, 1975, 1-601; J. GRIFFITH, *What is Legal Pluralism?*, in *Journ. Leg. Plur.*, 1986, n. 24, 1-50; sul quale, criticamente, B.Z. TAMANAHA, *The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, in *Journ.*

duzione del diritto e dalla molteplicità dei “punti di osservazione”<sup>80</sup>. L’idea di privilegiare l’approfondimento tematico è stata coniugata alla varietà e alla poliedricità delle Rubriche e degli argomenti. Proprio perché l’Annuario costituisce, oggi come allora, una delle rare riviste italiane interamente comparative<sup>81</sup>, esso non può non rappresentare la moltitudine degli interessi e dei temi che compongono il sostrato, anche metodologico, di questa disciplina.

*7. Il rinnovato ruolo della storia e della comparazione nell’era della globalizzazione, ai fini della conoscenza e dell’elaborazione della cultura giuridica del tempo presente. I nuovi modelli di organizzazione sociale e la riflessione critica su dogmi e categorie ordinanti*

Negli ultimi decenni la comparazione giuridica e, più in generale, lo studio dei diritti esteri e trans-nazionali ha conosciuto un’evoluzione accelerata, dovuta non più ai conflitti bellici, quanto ad eventi epocali che, in maniera talvolta silente, hanno modificato la carta geografico-giuridica del pianeta. La c.d. globalizzazione<sup>82</sup> dei rapporti economici, sociali e giuridici, agevolata dalla facilità e dalla rapidità delle comunicazioni trans-continentali, il ruolo trainante delle economie anglo-sassoni e la conseguente convergenza tra *civil* e *common law*<sup>83</sup>, il ridimensionamento del sistema socialista e il suo graduale allineamento ai diritti occidentali (con riferimento non soltanto ai diritti post-sovietici<sup>84</sup>, ma anche alla Cina<sup>85</sup>), la prepotente

*Law Soc.*, 1993, n. 2, 192-217; M. CHIBA, *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, 1989, 1-236.

<sup>80</sup> Così, M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, 146 e 130.

<sup>81</sup> Con riferimento alla comparazione, nello specifico settore del diritto pubblico, v’è anche la *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo* curata da Giuseppe Franco Ferrari.

<sup>82</sup> A tale tema è dedicato il volume *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, a cura di C. Amato e G. Ponzanelli, Torino, 2006, che raccoglie gli atti del XVII Colloquio biennale AIDC, svoltosi a Brescia il 12-14 maggio 2005.

<sup>83</sup> In argomento, J.H. MERRYMAN, *La tradizione di Civil Law nell’analisi di un giurista di Common Law*, trad. it. di A. De Vita, Milano, 1973, *passim*; R. GORDLEY, “Common Law” v. “Civil Law”. *Una distinzione che va scomparendo?*, in *Studi in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, 473 ss. Una conferma in U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, III ed. con la collaborazione di E. Ariano e G. Marchisio, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 2, Torino, 2010, 187 ss. Intitolano la loro opera a *La tradizione giuridica occidentale*, V. VARANO e V. BARSOTTI, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, III ed., Torino, 2006.

<sup>84</sup> Sui quali, G. AJANI, *Il modello post-socialista*, III ed. a cura di A. Gilardini e U. Sebastiani, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 4, Torino, 2008, 59 ss.

<sup>85</sup> Cfr. G. CRESPI REGHIZZI, nella *Prefazione* al volume di R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999, 7 ss.

emersione del mondo giuridico non europeo (si pensi, ad es., ai paesi islamici<sup>86</sup>, latino-americani, africani<sup>87</sup> e orientali), la creazione di un diritto comune<sup>88</sup> delle Unioni regionali in Europa, in Asia, in America e in Africa, non più limitato ai soli rapporti economici e commerciali, l'affievolirsi, quindi, del particolarismo giuridico prodotto dalla sovranità esclusiva degli Stati nazionali, ecc., sono alcuni dei fattori che accrescono, oggi, la necessità di uno studio comparativo dei diritti volto non soltanto alla conoscenza e alla comprensione dei nuovi modelli di organizzazione sociale, ma anche alla riflessione scientifica e alla discussione critica su dogmi e categorie ordinanti<sup>89</sup>.

Superata la stagione nella quale la comparazione doveva assumere l'onere di provare costantemente la sua "utilità", attraverso l'enumerazione e l'illustrazione di molteplici scopi teorici e pratici<sup>90</sup>, e malgrado l'insegnamento universitario sia ancora quasi esclusivamente volto alla formazione di un giurista nazionale che identifica "il diritto" con la contingente legislazione presente nel proprio microscopico ordinamento, non v'è più nessuno che dubiti, in buona fede, dell'essenziale contributo epistemologico del metodo comparativo, soprattutto "dinamico"<sup>91</sup>, e della faticosa e mutevole costruzione di una scienza dei sistemi<sup>92</sup>, ai fini dell'elaborazione e

<sup>86</sup> F. CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di G.M. Piccinelli, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 6, Torino, 2007, *passim*.

<sup>87</sup> R. SACCO, con la collaborazione di M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ e L. CASTELLANI, *Il diritto africano*, in *Tratt. di Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1995, *passim*.

<sup>88</sup> Per tutti, G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 41 s., 100, 303 ss., 361 ss.

<sup>89</sup> Non mancano in dottrina i tentativi di concentrare l'attenzione sul dato positivo che regola la vita di singoli istituti dei diritti nazionali e sulle connesse elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali e di rinverdire la fruttuosa stagione della micro-comparazione: v. l'*Introduzione* di M. SERIO al proprio volume, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, V, in cui si riapproda «a temi e criteri di ricerca non solo micro comparatistici nella dimensione ma anche ispirati alla tradizione di analisi di settori, istituti, figure dei diritti privati nazionali [...]».

<sup>90</sup> Per una sintesi dei quali, cfr., ad es., L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 1, II, Torino, 2000, 257-343.

<sup>91</sup> In proposito, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, V ed., 1992, 132 ss.

<sup>92</sup> Malgrado le idee di "famiglia" e di "sistema" siano usualmente associate al contributo di R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed. a cura di C. Jauffret-Spinozi, ed. it. diretta da R. Sacco, Padova, 1994, una compiuta analisi critica degli innumerevoli tentativi di classificazione sistemologica è in L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, ed. it. di R. Favale, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2003, 31-129. Si pongono in una prospettiva scettica nei confronti di questi esperimenti, H. KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, in *ZEuP*, 1998, 493 ss.; M. REIMANN, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, in *Tul. L.*

della discussione della cultura giuridica del tempo presente. Piuttosto che insorgere avverso l'accelerata invasione delle regole trans-nazionali, nel vano tentativo di difendere la pretesa "coerenza" di un sistema nazionale, una volta in sé concluso e compiuto, ma che oggi è più che mai "aperto" al divenire della storia<sup>93</sup>, sembra opportuno conoscere questo diritto in tutte le sue multiformi manifestazioni, per comprenderne il senso profondo. Lo stesso diritto europeo può essere difficilmente inteso<sup>94</sup> se non si conoscono i modelli, anche extra-europei<sup>95</sup>, ai quali, a volta a volta, il legislatore o la giurisprudenza hanno attinto.

8. Segue. *Il tramonto dell'idolatria della Rechtswissenschaft e dell'approccio olistico nello studio delle culture giuridiche: l'elaborazione di un "comune" metodo storico-comparativo. Il diritto quale espressione culturale di una determinata società, condizionata dai fattori storico-sociali che caratterizzano una data situazione spazio-temporale. L'idea di tradizione giuridica. Verso un nuovo ius commune*

Il pensiero giuridico contemporaneo deve muovere nuovamente i suoi passi proprio da quella dimensione storico comparativa del diritto<sup>96</sup> che l'Annuario aveva posto, consapevolmente, a fondamento del suo contributo alla cultura giuridica del primo Novecento. Già Emerico Amari, con una frase che illustra felicemente la quintessenza della comparazione giuridica e delle sue ragioni storiche, economiche, politiche e socio-giuridiche, rilevava, più di un secolo e mezzo fa, che «Le vicende dei tempi, e la varia fortuna dei popoli, comunicando coi commerci, o colle conquiste imponendo leggi non proprie, hanno reso necessario studiare le leggi forestiere, e quindi n'è venuta la necessità del paragone, il quale è tosto diventato fonte non solo d'istruzione, ma d'immediate utilità politiche»<sup>97</sup>.

*Rev.*, 2001, 1103 s. Per un recente dibattito sul punto, si rinvia alla parte I dell'*Annuario dir. comp.*, 2013, 13-411, intitolata "Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide".

<sup>93</sup> In argomento, G. GORLA e L. MOCCIA, *Profili di una storia del «diritto comparato» in Italia e nel «mondo comunicante»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 237 ss.; L. MOCCIA, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico «aperto»)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 181 ss.; e ora, ampiamente, ID., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>94</sup> Esamina il processo di integrazione della normativa europea sulla base di una ricostruzione della teoria delle fonti, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 41 ss.

<sup>95</sup> Sulla circolazione dei «modelli extracomunitari» in ambito europeo, G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010, 158 s. e *passim*.

<sup>96</sup> Lo rileva, altresì, E. CALZOLAIO, *Interessi*, cit., 217 s.

<sup>97</sup> E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova, 1857, Proemio, III.

La stessa distinzione tra comparazione sincronica e diacronica, tra “scienza” e “storia” comparate dei diritti perde, oggi, ogni significato. Il comune metodo comparativo lega strettamente la ricerca comparativa a quella storica, al punto che esse divengono difficilmente distinguibili<sup>98</sup>. Tramontata la stagione che, proprio sulla base del paradosso della scuola storica, ha tentato di costruire l'idolatria della *Rechtswissenschaft*, separando la conoscenza scientifica da quella storica, e postulando, di conseguenza, una scienza giuridica “senza storia” ed una “storia senza scienza”<sup>99</sup>, superato l'approccio olistico nello studio delle culture giuridiche<sup>100</sup>, la comprensione storica dei diritti d'ogni spazio e tempo diviene l'unico metodo, scientificamente valido, «che si abbia per cercare di comprenderne qualche cosa»<sup>101</sup>. Storicità, nel senso di percezione della nostra esistenza nel tempo presente, perché anche il presente è storia. Esaminare un problema giuridico relativo a qualsivoglia diritto sul piano della storicità significa, da un lato, «porre qualunque tema di discorso nella più esatta prospettiva temporale che ci sia possibile, in tutte le sue connessioni». Dall'altro, «assumere coscienza di quanto l'appartenere anche noi, inevitabilmente, alla “storia” reagisca sulla nostra conoscenza di essa, condizionandola»<sup>102</sup>.

Non si tratta, quindi, di ri-elaborare una *Wissenschaftstheorie* partendo “dal basso” e non “dall'alto”<sup>103</sup>, dall'induzione e non dalla deduzione, dalla *Praxis* e non dalla *Theorie*. È evidente che il metodo dogmatico-deduttivo non è mai appartenuto e mai potrà appartenere allo storico-comparatista e, più in generale, al giurista che è consapevole del passato, del presente e del divenire del diritto. Così, se la filosofia del diritto perde ogni contatto con le esperienze giuridiche reali, «poiché il suo oggetto è non il diritto positivo, ma l'idea di diritto, cioè il diritto come dato universale e permanente»<sup>104</sup>. E il suo «eurocentrismo esasperato» è la conseguenza dell'essere la sua stessa idea di diritto limitata alla mera ipostatizzazione dei diritti europei, non avendo mai tentato di verificare le sue asserzioni sul piano di un diritto extraeuropeo<sup>105</sup>. La stessa teoria generale, tentando di occupare lo spazio vuoto tra la filosofia e i diritti empirici, è rimasta, però, irrimediabile-

<sup>98</sup> M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, 448.

<sup>99</sup> Così, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 307.

<sup>100</sup> M. GRAZIADEI, *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 345 ss.

<sup>101</sup> R. ORESTANO, *op. cit.*, 11.

<sup>102</sup> R. ORESTANO, *op. loc. cit.*

<sup>103</sup> È, questo, l'obiettivo, talvolta illusorio, della più autorevole dottrina tedesca della seconda metà del '900. Tra gli scritti recentemente tradotti in italiano si segnalano C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009, 9 ss., 177 ss.; O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. di L. Aresta, Napoli, 2009, 73 ss.

<sup>104</sup> M.G. LOSANO, *op. ult. cit.*, 449.

<sup>105</sup> M.G. LOSANO, *op. loc. ult. cit.*

bilmente «legata al metodo deduttivo, al procedimento dal generale (idea di diritto) al particolare»<sup>106</sup>. E la sua descrizione del diritto si esaurisce «in una sistematica che finisce per divenire fine a se stessa e per far violenza alla realtà»<sup>107</sup>.

Il diritto, come prodotto sociale, è invece il frutto di fattori economici, politici, ideologici, tradizionali, religiosi, morali, ecc., che si possono definire, *lato sensu*, “storici”. Ogni ordine giuridico ha un’esistenza storica, quindi relativa, poiché dipende dalle condizioni storico-sociali del suo tempo e del suo spazio<sup>108</sup>. Qualsiasi esperienza giuridica, come fenomeno culturale, trova la sua origine non in un diritto naturale assoluto ed astratto, ma nella concreta realtà storica della relativa società e nel sistema di valori che di essa è a fondamento. Storicità dei diritti significa, senz’altro, relatività e mutazione. Non significa, invece, «esistenza di un’infinità caotica di diritti»<sup>109</sup>, isolati reciprocamente, sulla base di una visione che deduce, in modo tautologico, la loro “incommensurabilità” dalla loro varia e diversa esistenza. Pur non sussistendo alcun legame predeterminato di causa ad effetto, come nelle scienze naturali, popolo e società, diritto e sistema dei valori non sono elaborati in un tempo e in uno spazio astratti e liberi da ogni contingenza, ma sono invece condizionati dai fattori storici e sociali della situazione spazio-temporale nella quale vivono<sup>110</sup>. La storia delle diverse nazioni e dei loro diritti diviene comprensibile soltanto se la si colloca nel quadro della cultura alla quale questi paesi appartengono<sup>111</sup>. In tal modo, la storicità del diritto svela non soltanto la relatività e la molteplicità degli ordini giuridici, ma anche la variazione dei sistemi di valori giuridico-sociali che, nelle diverse epoche, connotano le singole culture. Per ciò, la relatività storicamente condizionata degli ordinamenti e dei sistemi di valori trova una spiegazione e un limite nel sistema culturale, nella *Weltanschauung* che caratterizza, sulla base di specifiche coordinate spazio-temporali, una determinata società.

Storia, società e civiltà sono, quindi, idee consustanziali alla nozione di tradizione giuridica. Abbandonato l’approccio storiografico classico, il quale prediligeva la ricostruzione del passato «attraverso la cronaca degli avvenimenti eclatanti»<sup>112</sup>, e il positivismo storico che, «con sguardo fisso, si poggia sulla storia di un popolo, cogliendo in forma gretta tutte le piccolezze»<sup>113</sup> e le micrologie dell’antichità, si apre alla percezione dello storico-

<sup>106</sup> M.G. LOSANO, *op. ult. cit.*, 450.

<sup>107</sup> M.G. LOSANO, *op. ult. cit.*, 451.

<sup>108</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza*, cit., 175.

<sup>109</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *op. ult. cit.*, 182.

<sup>110</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>111</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>112</sup> A. GAMBARO, in A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Tratt. di Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 57, in nota 18.

<sup>113</sup> A.F.J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, in *Zivilistische Abhandlungen*, 1814, 404.

comparatista la dimensione della lunga durata<sup>114</sup>, essenziale per cogliere i caratteri profondi di una tradizione giuridica. Essa, come prodotto di una pluralità di fattori i quali interagiscono sul piano storico, pone il fenomeno giuridico all'interno di una cultura che è espressione di una civiltà<sup>115</sup>. L'insieme del diritto positivo non è sufficiente a rappresentare una tradizione giuridica, anche se le regole e i principi rifletteranno, quasi sempre, l'orientamento di una determinata tradizione. Questa è, invece, l'insieme degli «atteggiamenti profondamente radicati e condizionati dalla storia, circa la natura del diritto, e circa il ruolo che il diritto deve svolgere nella società [...], e circa il modo con cui il diritto deve essere fatto, applicato, studiato, perfezionato e pensato. La nozione di tradizione giuridica pone un sistema giuridico in relazione alla cultura di cui esso è parziale espressione»<sup>116</sup>. Colloca un sistema giuridico in una prospettiva culturale.

La comparazione giuridica ha svolto, in questi anni, un ruolo decisivo «per il superamento di una prospettiva nazionale nello studio del diritto, ha analizzato i processi di globalizzazione, della privatizzazione del diritto e degli attori giuridici, ha reso chiare le insufficienze di una tradizione di studi che attribuiva il primato alla regola legislativa e al dogma, ha contribuito a mettere a nudo i limiti del positivismo e dello statalismo, ha fatto conoscere la complessità del sistema delle fonti e le contraddizioni che esso nasconde»<sup>117</sup>.

Tuttavia, come acutamente rilevava Diego Corapi, il traguardo scientifico al quale il diritto comparato deve tendere, proprio al fine di non farsi rinchiudere in un reticolato accademico corporativo, è «quello della propria scomparsa»<sup>118</sup>. Ma a ciò si potrà «arrivare solo se e quando la metodologia comparatistica, lo spirito della comparazione sia compenetrato nello studio di ogni singola materia, rendendo così superfluo lo studio e gli insegnamenti di diritto comparato come materie specialistiche a sé stanti»<sup>119</sup>. Ipotizzare la scomparsa «o meglio l'assorbimento definitivo del diritto privato comparato significa ipotizzare la scomparsa anche di ciò che ha reso necessario il suo sviluppo, cioè il superamento della concezione dell'ordinamento giuridico statale come ordinamento "chiuso" ed autosufficiente e, quindi, l'abolizione della separazione rigida tra i diversi ordinamenti giuridici statuali con il ritorno a qualcosa di analogo a quello *ius commune*,

<sup>114</sup> A. GAMBARO, in A. GAMBARO e R. SACCO, *op. cit.*, 58.

<sup>115</sup> A. GAMBARO, in A. GAMBARO e R. SACCO, *op. cit.*, 58 e 43.

<sup>116</sup> J.H. MERRYMAN, *op. loc. cit.*

<sup>117</sup> Così, G. SMORTO, *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, ricordando G. Criscuoli, Torino, 2013, 107.

<sup>118</sup> D. CORAPI, *Lo studio e l'insegnamento del diritto privato comparato*, cit., 441.

<sup>119</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*

che circolava liberamente in Europa fino all'epoca della codificazione e del nazionalismo giuridico»<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> D. CORAPI, *op. loc. ult. cit.*