STUDI DI DIRITTO COMPARATO

DIRETTI DA MAURO CAPPELLETTI

20

L'APPORTO DELLA COMPARAZIONE ALLA SCIENZA GIURIDICA

Contributi originali di

GIOVANNI BOGNETTI
GIOVANNI CONSO
VITTORIO DENTI
GINO GORLA
PIER GIUSTO JAEGER
CESARE PEDRAZZI
ALESSANDRO PIZZORUSSO
FILIPPO RANIERI
RODOLFO SACCO
TIZIANO TREU
GUSTAVO ZAGREBELSKY

Raccolti a cura di R. SACCO

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ - ROME - BIBLIOTHÈQUE

MVLTA PAVCIS AG

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1980

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1980) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

PRESENTAZIONE

Dalle Giornate Gino Gorla alla presente opera

L'Associazione italiana di diritto comparato tiene ogni due anni un « colloquio », cioè una serie di giornate di studio destinate a fare il punto su temi ritenuti di particolare interesse. Questi Colloqui, che si svolgono negli anni dispari, sono giunti alla loro 5ª edizione, in occasione delle Giornate torinesi del 25, 26, 27 maggio 1979.

L'Associazione riunisce comparatisti a pieno tempo, e cultori del diritto italiano aperti alla comparazione. Solitamente, i Colloqui hanno dato occasioni, in modo paritario, a cultori del diritto territoriale, e a comparatisti. Temi di attualità, temi bisognosi di un'aratura, temi nuovi sono stati trattati in modo da mettere al centro del discorso il dato del diritto italiano, ottenuto mediante un'illuminazione proveniente dall'esperienza comparatistica. Lo studio dei contratti di nuovo tipo, le ricerche sul regime dei suoli o delle trasmissioni televisive hanno tutto da guadagnare, in modo evidente, dalla indagine comparatistica, e l'Associazione — quando ha dovuto scegliere i soggetti per le sue meditazioni — ne ha tenuto ampiamente conto.

Nel 1979 l'Associazione ha voluto fare un passo avanti.

L'attività spiegata nei primi quattro colloqui ha un senso in quanto a monte l'esperienza ci abbia convinto che comparando si ottiene qualche illuminazione che meglio ci faccia intendere il nostro diritto interno (o, più generalmente, i varii diritti interni).

Perché, allora, non tentare di dare una base scientifica (cioè dimostrabile, verificabile, quantificabile) a questa convinzione che da sempre abbiamo implicitamente coltivato?

È nata così l'idea di riunirci per inventariare quali siano stati — al passato prossimo — gli apporti dati dalla comparazione all'acquisizione e all'accumulazione dei dati di cui la scienza giuridica si è rifornita fino ad oggi; e per individuare quali siano le ragioni — prima facie *tutt'altro che evidenti* — *che consentono di utilizzare le esperienze giuridiche dei paesi A, B, C, D, per meglio intendere i contenuti del diritto del paese E; quali siano le circostanze che possono rendere legittima, o rendere illegittima, questa utilizzazione; quali siano le condizioni che possono ostare a questa osmosi, o favorirla.*

In un primo momento, la proposta di dedicare una settimana di discussioni agli « apporti della comparazione alla scienza giuridica » non poteva non suscitare qualche dubbio. Si temeva che l'argomento fosse poco adatto ad affascinare chi non fosse comparatista a pieno tempo; si temeva che esso apparisse arido, o, peggio, che potesse perdersi nel dilettantesimo di cui danno prova tante garbate o brillanti composizioni sugli scopi e sui metodi della comparazione. Le obbiezioni furono poi superate. Si pensò che la specificità dell'argomento avrebbe contribuito a qualificare l'associazione stessa, ed a specializzare i fini.

La riuscita delle giornate diede ragione al tema prescelto.

* * *

Il morale dei partecipanti al colloquio era, senza dubbio, euforico. Il diritto comparato appare ovunque in ascesa, e in Italia l'ascesa è rapida e quasi irruente. Nel 1976 il Consiglio dell'Europa ha esortato gli Stati aderenti ad assegnare all'insegnamento giuridico universitario un solido scheletro comparatistico. Si può dire che in Italia qualcosa di buono in questa direzione si stia facendo. Nel 1970 esisteva, in Italia, una cat-

tedra di diritto privato comparato; nel 1979, al momento del colloquio, il numero era aumentato a cinque (senza contare le cattedre analoghe pubblicistiche o specialistiche); e ben dieci nuove cattedre — limitando il campione a quelle etichettate come si è detto — attendevano di essere coperte (nei tempi tecnici previsti dalla legge) da altrettanti titolari. La facoltà giuridica di Torino (che ormai fa concorrenza, con le sue aperture, a quella di Pavia) ha deciso di attivare due corsi — uno propedeutico, l'altro progredito — di diritto privato comparato, che si completano con gli altri insegnamenti comparatistici; così come ha inserito in statuto i grandi sistemi, il diritto dei paesi afroasiatici, l'etnologia giuridica, il diritto penale comparato.

La presenza italiana è evidente tanto nell'International Encyclopedia of Comparative Law, quanto nella vita della Faculté internationale, dell'Académie internationale e dei suoi giganteschi congressi.

L'entusiasmo per i riconoscimenti ottenuti dalla disciplina vanno di pari passo con la fiducia nei mezzi dei comparatisti.

Al momento del Colloquio venne spontaneo domandarsi chi avesse il merito di questa fioritura: chi, cioè, avesse avuto più degli altri scienza e dottrina, chi avesse aperto per primo le vie meno comode chi avesse insegnato agli altri che l'opera collettiva ha bisogno di disciplina e di umiltà.

Tutti i congressisti hanno ritenuto che il merito spettasse ad una ben determinata persona, e che quella persona sia Gino Gorla.

Per acclamazione, il 5° colloquio dell'Associazione italiana di diritto comparato ha assunto la denominazione « Giornate Gino Gorla ».

* * *

Gli oratori succedutisi al microfono portarono testimonianze e testi che, composte in unità, assumevano un perfetto senso compiuto.

Alcuni parlarono del ricorso alla comparazione negli Stati Uniti d'America e in Germania. Altri, del ricorso alla comparazione in Italia, nei varii settori e campi del diritto.

Questi temi potevano essere sviluppati a livelli diversi, a seconda dei materiali reperiti dai singoli oratori. In qualche trattazione, la comparazione appariva come l'intermediaria di modelli normativi o interpretativi, ossia come l'antecedente di recezioni normative, dottrinali o giudiziali. In altre analisi, abbiamo visto la comparazione contribuire al deperimento di una scuola o di una moda, e alla nascita o allo sviluppo di nuove tecniche, nuove strategie e nuovi modelli di pensiero.

Tutti gli svolgimenti fin qui descritti, mentre esaurivano i temi che si erano proposti, predisponevano i materiali che erano necessari per poter trattare, con un'angolazione più ampia, quali nuovi apporti abbia dato e debba dare, alla scienza giuridica, la comparazione.

Il discorso che è risultato accostando questi corpora ex distantibus *ha un carattere unitario. Al di là delle stesse speranze degli organizzatori delle Giornate, si è potuto vedere un gioco di domino in cui ogni analisi aveva una frontiera comune con un'altra.*

Naturalmente, poiché il colloquio è sboccato in trattazioni sulle condizioni di validità della comparazione, e poiché in questa materia ha largo margine l'opinabile, le due anime dei comparatisti italiani non potevano non rivelarsi e non affrontarsi. Un primo schieramento raccoglie chi considera la comparazione una scienza come le altre, che si appaga di procurarci la conoscenza di dati giuridici; questi ritengono che non ci sia scienza senza verificazione; che la comparazione, scienza storica, sia passibile dei criterii di verifica proprii della storia; che inoltre essa offra alla scienza giuridica in genere strumenti di controllo supplementari, e sia quindi dotata di una legittimazione che manca alla stessa scienza dell'interpretazione. Un secondo schieramento raccoglie i comparatisti impegnati, preoc-

cupati di far servire la comparazione all'ingegneria sociale, e portati a misurare il valore della comparazione a seconda della sua fruibilità per il miglioramento delle regole della vita collettiva.

Trattasi di posizioni chiaramente distinte, fra cui non sarebbe proficuo tentare a tutti i costi conciliazioni o mediazioni. Entrambe hanno, fuori di ogni dubbio, il loro fascino. Ed era ora che si incontrassero in un confronto meditato e consapevole. Il pregio del colloquio va parametrato al grado di approfondimento che si è saputo dare alla trattazione di questi problemi.

Ci pare si possa dire che le Giornate Gino Gorla hanno avuto risonanza: non solo per lo spazio che riviste straniere e italiane hanno loro dedicato, non solo per la collocazione rapidamente assicurata, presso i varii periodici, alle singole relazioni; non solo per l'eco che — con o senza citazioni specifiche — ne troviamo nelle voci enciclopediche, o in dispense universitarie, elaborate all'indomani del Colloquio; ma, soprattutto, perché si ha l'impressione che lo spirito delle Giornate Gino Gorla abbia arricchito e reso più consapevole il modo di pensare dell'ambiente comparatistico italiano.

Non era lecito, a questo punto, lasciare che si rigettasse nell'oblio, o che si affidasse alle labili forze mnemoniche dei partecipanti, il prodotto di quelle singolari sedute. Ed è perciò apparso del tutto naturale proseguire il lavoro, passando dalle Giornate Gino Gorla al libro collettivo. Ciò che si è detto a voce a Torino è stato rivissuto e rifuso: non più relazioni, dibattiti, e repliche. Ma eliminazione del superfluo, dell'estemporaneo e dell'eccentrico per far luogo ad un inventario dei risultati che ogni autore ha giudicato memorizzabili, nel quadro di una trattazione il più possibile unitaria.

Questo libro non è, ripeto, il resoconto delle Giornate Gino Gorla.

È una tappa ulteriore, percorsa nella medesima direzione. Gli amici dell'Associazione di diritto comparato hanno voluto che ne fosse curatore chi aveva presieduto le Giornate, per sottolineare il legame fra le due manifestazioni.

Torino, 30 ottobre 1979

RODOLFO SACCO
Presidente dell'AIDC

INDICE-SOMMARIO

pag.

Presentazione (RODOLFO SACCO) III

PARTE I
ESPERIENZE FUORI D'ITALIA

GIOVANNI BOGNETTI

L'APPORTO DELLA COMPARAZIONE ALLA SCIENZA DEL DIRITTO AMERICANA 3

1. L'età formativa del diritto americano 5
2. Il periodo del positivismo formalistico 10
3. La reazione al formalismo giuridico 14
4. Sviluppo dal 1954 degli studi di diritto comparato 20
5. Influenza degli studi comparatistici sul diritto americano . . 22
6. Qualche domanda 29

FILIPPO RANIERI

CENNI SULL'ESPERIENZA DELLA CIVILISTICA TEDESCA DI QUESTO SECOLO 31

1. Premessa 33
2. Inizi e sviluppo degli studi di diritto privato comparato in Germania 34
3. Il metodo giuridico-comparativo ed il trionfo della scuola dell'*Interessenjurisprudenz* 38
4. Il contributo della comparazione giuridica alla civilistica tedesca sul piano del diritto applicato 45
5. Il contributo sul piano dei traguardi metodologici raggiunti . . 52

PARTE II
ESPERIENZE IN ITALIA, NEI VARI SETTORI

ALESSANDRO PIZZORUSSO

pag.

LA COMPARAZIONE GIURIDICA E IL DIRITTO PUBBLICO 59

1. Particolarità del diritto pubblico comparato 61
2. L'impiego del metodo comparativo nelle attività di applicazione del diritto pubblico da parte dei giudici, delle altre autorità e dei cittadini in genere 63
3. L'impiego del metodo comparativo nelle attività legislative o comunque dirette alla creazione, modificazione o abrogazione di disposizioni o norme giuridiche 67
4. L'impiego del metodo comparativo nelle attività di ricerca scientifica nel campo del diritto pubblico 69
5. L'impiego del metodo comparativo e le attività didattiche concernenti il diritto pubblico 74
6. Necessità di unificare l'impostazione metodologica degli studi di diritto comparato 77

GUSTAVO ZAGREBELSKY

CONSIDERAZIONI SULL'USO DELLA COMPARAZIONE NEGLI STUDI DI DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO 83

1. Premessa 85
2. Comparatismo e razionalismo all'origine del « costituzionalismo » 86
3. Tendenze nazionalistiche, reazionarie e democratiche . . . 90
4. Il moderatismo di Cavour e l'apertura all'Europa liberale . . 92
5. Il « metodo giuridico » nel diritto pubblico ed il comparatismo dei concetti 98
6. Il Fascismo e il « metodo nazionale » 102
7. Alterne fortune del comparatismo negli studi costituzionali dell'Italia del secondo dopoguerra 106

PIER GIUSTO JAEGER

COMPARAZIONE E DIRITTO COMMERCIALE 113

1. L'autonomia del diritto commerciale 115
2. Differenze dal diritto privato 116

pag.

3. Due tendenze del diritto commerciale 117
4. L'idea « universalistica » 117
5. La concezione « universalistica » di L. Goldschmidt, in particolare 118
6. Lorenzo Mossa e il diritto « razionale » commerciale . . . 119
7. Le Convenzioni unificatrici di Parigi e dell'Aja 120
8. La c.d. « commercializzazione » del diritto privato 120
9. Le direttive C.E.E. sulle società 121
10. Un esempio di diffusione dei princìpi di diritto commerciale in Estremo Oriente 121
11. Conclusioni 122

TIZIANO TREU

COMPARAZIONE E CIRCOLAZIONE DEI MODELLI NEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO 123

1. Introduzione: il ruolo della dottrina 125
2. Comparazione e interessi pratici nello studio del diritto straniero . 129
3. Efficacia generale del contratto collettivo: l'utilizzo della comparazione per la critica del modello costituzionale 133
4. La natura del sindacato: raffronto tra modelli angloamericani e continentali 137
5. Il peso della tradizione autoctona nella teoria del contratto collettivo di diritto comune 142
6. Legittimazione comparatistica e uso selettivo di modelli stranieri nella teoria dell'ordinamento intersindacale 145
7. L'influsso dei modelli stranieri nella politica legislativa degli anni '60 150
8. L'analisi comparata tra obbligo implicito di pace e clausole di tregua sindacale 152
9. Pace sociale e concezione comunitaria del rapporto di lavoro: il rifiuto del modello tedesco 153
10. Ricerca comparata e « riformismo » giuridico. Termini e risultati della comparazione nel diritto del lavoro 161

CESARE PEDRAZZI

APPORTO DELLA COMPARAZIONE ALLE DISCIPLINE PENALISTICHE 167

1. L'impronta riformistica del diritto penale moderno 169

pag.

2. Riformismo e comparazione 170
3. Cenni alla comparazione in campo criminologico, processuale penale e penitenziario 171
4. La recezione della dogmatica tedesca 173
5. Orientamento politico-legislativo della comparazione . . . 174
6. Connessioni interdisciplinari e comparazione 176
7. Sui rischi della comparazione 177
8. L'allargamento degli interessi comparatistici 178
9. Comparazione e lavori preparatori delle codificazioni . . . 179
10. Cooperazione internazionale e comparazione 181
11. L'istituzionalizzazione della comparazione 182
12. L'opera delle organizzazioni internazionali 183
13. Gli strumenti di lavoro 183

GIOVANNI CONSO

LA COMPARAZIONE E IL PROCESSO PENALE, OGGI . 185

1. Dalla stagione delle speranze alla stagione della crisi . . . 187
2. La legislazione dell'emergenza ed i suoi aspetti negativi . . . 188
3. Dislivelli che si attenuano 191
4. Differenze che si aggravano 192
5. Conclusioni operative 195

PARTE III

IL METODO GIURIDICO

VITTORIO DENTI

DIRITTO COMPARATO E SCIENZA DEL PROCESSO . . 199

1. Rilievi intorno ai fini della comparazione 201
2. La comparazione come strumento di politica del diritto . . . 204
3. La comparazione come ricerca di storia del diritto 206
4. La comparazione come analisi strutturale del diritto . . . 209
5. Compatibilità dei tre fini della comparazione e problemi di metodo 212

pag.

6. Gli studi comparatistici italiani sull'amministrazione della giustizia 213
7. L'esigenza di considerare le caratteristiche socio-economiche dei diversi ordinamenti: esemplificazione in tema di *legal aid* . . 215
8. L'esigenza di considerare l'effettività del processo nei diversi ordinamenti: esemplificazione in tema di riforma del processo penale in senso accusatorio 219
9. L'esigenza di considerare i modi di aggregazione degli interessi giudizialmente tutelati: esemplificazione in tema di *class actions* 223
10. L'apporto delle ricerche comparatistiche all'evoluzione delle dottrine processualistiche italiane: la scuola post-chiovendiana . . 227
11. *Segue*: l'affermarsi di una concezione funzionale del processo e lo studio dei sistemi di *common law* 232
12. Rilievi conclusivi 239

RODOLFO SACCO

COMPARAZIONE E CONOSCENZA DEL DATO GIURIDICO POSITIVO 241

1. La comparazione come scienza 243
2. Dalla crisi della dogmatica alla comparazione 244
3. Comparazione e analisi della giurisprudenza 246
4. I modelli impliciti (crittotipi) 247
5. I seminari di Cornell, e il metodo fattuale 251
6. Le dissociazioni dei formanti 253
7. La comparazione giuridica al servizio delle scienze sociali . . 260
8. Comparazione e circolazione dei modelli giuridici 263

GINO GORLA

PROLEGOMENI AD UNA STORIA DEL DIRITTO COMPARATO EUROPEO 267

1. L'apporto del « diritto comparato » alla « scienza giuridica » . 269
2. « Il diritto comparato », cioè l'attività giuscomparatistica, come storia del diritto comparato e come storia del diritto « tout court »: nel caso nostro, come storia del diritto « europeo » . 271
3. Osservazioni sulla storia (e storiografia) del diritto comparato europeo: *a*) Connessioni fra diritto comparato e « apertura » o « chiusura » degli ordinamenti giuridici. *b*) Inizi (negletti) del

pag.

diritto comparato europeo nei secoli XII-XV e suo grandioso, quanto negletto, sviluppo nei secoli XVI-XVIII. *c*) Ulteriore grandioso sviluppo (in buona parte negletto) nel secolo XIX fino agli anni 1850-1870. *d*) La comparazione « civil law - common law » costruita da inglesi, scozzesi e americani e recepita poi dai comparatisti « continentali ». *e*) Altri problemi di storia del diritto comparato europeo 274

4. Attività giuscomparatistica nelle sue varie manifestazioni come oggetto della storiografia del diritto comparato 282

5. Reciproca immanenza della storia del diritto comparato « europeo » e della storia del diritto « comune europeo »: *a*) In generale. *b*) Articolazione secondo i paesi, gli Stati o i gruppi di essi. *c*) Articolazione secondo le materie. *d*) Periodizzazione della storia del diritto comparato europeo 285

6. Nuova dimensione della storia del diritto comparato dopo la seconda guerra mondiale e posizione del diritto comparato europeo in quella nuova dimensione 296

7. « Leggi », tendenze o ricorsi nella storia del diritto comparato . 298

Summary 299

Indice-Sommario 313

BIBLIOTHEQUE UNIDROIT
INVENT. 89352
COLL.