

GINO GORLA

Prof. emer. dell'Università di Roma - La Sapienza

LUIGI MOCCIA

Prof. straord. dell'Università di Macerata

**PROFILI DI UNA STORIA
DEL «DIRITTO COMPARATO» IN ITALIA
E NEL «MONDO COMUNICANTE»**

Estratto dalla *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE*

Anno XXXIII - 1987 - n. 3 - Parte prima



**CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA
1986**

GINO GORLA
Prof. emer. dell'Università di Roma
La Sapienza

LUIGI MOCCIA
Prof. straord. dell'Università di Macerata

PROFILI DI UNA STORIA DEL «DIRITTO COMPARATO» IN ITALIA E NEL «MONDO COMUNICANTE»

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Correnti indirizzi circa la storia del (moderno) diritto comparato: critiche e proposta di un nuovo indirizzo. — 3. Il « diritto comparato » genericamente inteso e la classificazione dei suoi sviluppi a partire dalla nascita degli Stati moderni in Europa. — 4. Il « diritto comune e comparato europeo » durante i secoli XVI-XIX. — 5. Esempi di contributi (di autori) italiani al « diritto comune e comparato europeo » (secc. XVI-XVIII). — 6. Altri esempi di contributi italiani (sec. XIX). — 7. Profilo sommario del « diritto comparato » nella seconda metà del secolo XIX. — 8. Epilogo del corso del « diritto comparato » dopo la seconda guerra mondiale e nello scorcio del nostro secolo.

1. — Il titolo di questa nostra storia presenta due espressioni da cui è bene prendere le mosse. Nell'ordine, una è l'espressione « profili », da intendersi qui, alla lettera, come « sommaria esposizione dei caratteri di qualcosa ». L'altra è l'espressione « mondo comunicante », che riecheggia quella (a suo tempo coniata dal Cardinal De Luca) di « *civilis orbis nostrae communicationis* » (*infra*, par. 4). Essa, più che alludere all'estensione geografica dell'indagine, vuol mettere in evidenza soprattutto l'idea della *comparazione* come fenomeno di *comunicazione* giuridica che abbraccia, storicamente, l'« Europa », con le sue successive espansioni ai paesi colonizzati dalle genti del vecchio continente e resisi poi indipendenti (come, ad esempio, gli Stati Uniti d'America). Tale espressione è da intendersi, quindi, nel senso ampio di « civiltà — o — mondo occidentale »; fino a comprendere i più recenti sviluppi che hanno portato il diritto comparato (europeo) ad assumere dimensioni planetarie (*infra*, par. 8).

Per ciò che concerne i contenuti di questa storia, vi si ripropongono e svolgono, in un confronto critico con le correnti opinioni storiografiche sul diritto comparato (alle quali si accennerà *infra*, par. 2), temi affrontati in precedenti nostri scritti ⁽¹⁾. Rispetto ad essi, tuttavia, molte cose sono qui dette per la prima volta.

⁽¹⁾ È da ricordare innanzitutto la nostra relazione presentata al XII Congresso Internazionale di Diritto Comparato (Sidney, 1986), sotto il titolo *A Short Historical Account of Comparative Law in Europe and in Italy during Modern Times (16th to 19th Century)*, e pubblicato in *Rapports Nationaux Italiens au XII Congrès International de Droit Comparé - Italian National Reports to the XII International Congress of Comparative Law*, Milano, 1986, p. 67 ss. Di quella relazione (in lingua inglese), il presente scritto costituisce, con aggiunte e sviluppi, una seconda o, meglio, una nuova edizione. Si vedano, poi, in particolare: G. GORLA, *Diritto comparato* (relazione al Congresso di Taormina, novembre 1981), in *Cinquanta Anni di Esperienza Giuridica Italiana*, Milano, 1982, riprodotto con

Va ancora soggiunto che, trattandosi di « profili », la storia che ne risulta, senza soffermarsi sulla figura e sull'opera di singoli giuristi, rimane al livello di una ricognizione panoramica degli orientamenti ed atteggiamenti, nonché dei problemi e degli interessi in complesso caratterizzanti la comparazione giuridica in determinati periodi e contesti. Una storia, insomma, delle linee di tendenza lungo le quali la comparazione stessa s'è mossa dall'epoca moderna fino ai nostri giorni, con i suoi corsi e ricorsi, come vedremo.

A questa storia anonima, per così dire, del diritto comparato si farà eccezione, sebbene in misura limitata, solo per quanto riguarda la situazione italiana fra i secoli XVI e XIX. Ciò per due ragioni, corrispondenti ad altrettanti periodi. La prima, relativa ai secoli XVI-XVIII, è che una storia del diritto comparato durante quei secoli, lungi dall'esaurirsi nei riferimenti a giusnaturalisti ed illuministi (tra cui il Montesquieu, da taluni visto come « l'antenato del diritto comparato »), trova proprio in Italia una sua sede principale, con personaggi insigni ed opere memorabili appartenenti alla tradizione del diritto comune (*infra*, par. 5). La seconda ragione, relativa al secolo XIX, è che le ricostruzioni storiografiche del diritto comparato a partire da quel secolo ignorano quasi completamente la posizione di spicco allora tenuta dai giuristi italiani in questo campo; posizione di spicco determinata dalle particolari condizioni politico-culturali del nostro paese prima della sua unificazione (*infra*, par. 6). È parso dunque opportuno rimediare a tanta lacuna fornendo, con riguardo al contesto italiano in ciascuno dei periodi indicati, nomi e titoli tra i più significativi sotto il profilo, almeno, della documentazione di fatti ed aspetti rilevanti per un nuovo e diverso approccio ai problemi storici e storiografici insieme del moderno diritto comparato. Se, poi, anche per altri paesi si sono trascurati autori, opere ed iniziative di diritto comparato concernenti specialmente i secoli XVI-XVIII, spetterà a giuristi, storici e comparatisti di quei paesi porvi rimedio; questo nostro scritto potendo semmai costituire un invito in tal senso.

2. — Una storia che abbia ad oggetto il « diritto comparato » o — se si preferisce — la « comparazione giuridica », per quanto breve essa sia, come quella che qui si presenta, e pur restando inoltre circoscritta nell'ambito del

aggiunte sotto il titolo *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » ed una introduzione al « dialogo civil law-common law »*, Milano, 1983; Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, specie il cap. 21 (intitolato: *Il ricorso alla legge di un « luogo vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, già in *Foro it.*, 1973, V, c. 89), il cap. 22 (intitolato: *Unificazione « legislativa » ed unificazione « giurisprudenziale »* [*L'esperienza del diritto comune*], già in *Foro it.*, 1977, V, c. 1), ed il cap. 27 (intitolato: *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato*, già in *Foro it.*, 1980, V, c. 11); G. GORLA-L. MOCCIA, *A « Revisiting » of the Comparison between « Continental law » and « English law » (16th to 19th Century)*, in *The Journal of Legal History*, 1981, vol. 2, p. 143 ss., riprodotto in GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., par. III, App. terza; L. MOCCIA, *Glossario per uno studio della « Common Law »*, Milano, 1983 (già apparso in appendice a P. Stein e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981), s.v. *Civil Law e Common Law*.

« mondo europeo » od « occidentale » ⁽²⁾, pone il problema tuttora dibattuto delle sue origini. Problema la cui soluzione vien fatta dipendere, come dimostrano le correnti opinioni in proposito ⁽³⁾, dal modo di affrontare e risolvere un altro fondamentale problema (pur esso ancora aperto), concernente i « contenuti » di detta storia.

Generalmente si ritiene che il « diritto comparato » abbia avuto origine in tempi piuttosto recenti: per alcuni, al più presto, nella seconda metà del secolo scorso; per altri, al più tardi, nelle prime decadi dell'attuale. Ma l'attendibilità di queste opinioni regge solo nella misura in cui esse mettono l'accento, rispettivamente, su un certo modo d'intendere ciò che è o si vorrebbe che fosse « diritto comparato ». Sicché, le specifiche qualificazioni della materia non soltanto condizionano la ricerca degli elementi di prova (circa le sue origini), al punto da indurre a sceglierne alcuni in luogo di altri ugualmente disponibili, ma finiscono soprattutto per restringere la prospettiva storica entro la quale collocare le qualificazioni medesime, in quanto queste a loro volta rappresentano soltanto aspetti parziali di una storia molto più estesa dal lato sia dei suoi confini temporali che dei suoi contenuti.

La prospettiva di cui si parla va invece guardata con occhi liberi da preconcepite delimitazioni: dato che lo scopo di una storia in materia dovrebbe esser appunto quello di rintracciare i vari sviluppi attraverso i quali è passato il « diritto comparato », mutando nel tempo la propria immagine, con riguardo alla natura, portata e funzione di esso, nonché ad altri suoi attributi. In tal senso, dunque, le linee direttive di una storia del genere e di questa nostra storia in particolare possono essere così sintetizzate:

- indistinguibilità in fatto (ed in questa nostra storia), anche se non in teoria, tra « diritto comparato » e (conoscenza del) « diritto straniero »;
- ineliminabilità del « diritto comparato » *finalizzato* a certi scopi pratici, quali le riforme giuridiche, l'unificazione del diritto tra Stati, la scelta del diritto applicabile alla lite, ed altri ancora;
- ineliminabilità, comunque, della comparazione giuridica fatta dai « pratici »;
- ineliminabilità della comparazione affetta da eccessi di nazionalismo, ovvero indotti da conflitti politici, religiosi, ideologici; eccessi di cui è

(2) Sull'espansione della comunità o civiltà giuridica europea v. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale »* etc., cit., p. 476, testo e nota 7, ed aa. ivi citati.

(3) Tali correnti opinioni possono vedersi, fra gli altri, in: F. POLLOCK, *Le droit comparé: prolégomènes de son histoire*, in *Congrès International de Droit Comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, Paris, 1903; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1978; K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. I, Tübingen, 1971 (anche in ed. inglese, a cura di T. Weir, *An Introduction to Comparative Law*, Amsterdam e altrove, 1977, I). Più ampiamente, sulla storia del diritto comparato fino alla metà del secolo XIX, v., nella prospettiva sempre delle opinioni correnti, W. HUG, *The History of Comparative Law*, in *Harvard Law Review*, 1931-32, vol. 45, p. 1027 ss.

disseminata la storia del « diritto comparato » fino ai nostri giorni ⁽⁴⁾.

Nella prospettiva ora tracciata, questo scritto si propone di inquadrare le linee di tendenza ed i tratti generali che hanno caratterizzato la storia del « diritto comparato » inteso, come sopra, in senso ampio (*infra*, paragrafi 3-4), per poi passare a considerare più da vicino i contributi (di autori) italiani (*infra* paragrafi 5-7); contributi i quali hanno seguito, talvolta anticipato (se non guidato) e, comunque, riflesso tendenze e tratti *comuni* al resto del mondo europeo (occidentale).

E appena il caso di aggiungere, infine, che nomi e titoli di autori sia italiani sia stranieri, che in tempi lontani e più recenti hanno contribuito a fare quella storia, sono stati qui presi (senza alcuna pretesa di completezza e, al contrario, in un numero limitato) semplicemente come esempi degli atteggiamenti prevalenti nel contesto culturale e geografico predetto.

3. — In senso ampio epperò generico l'espressione « diritto comparato » (ed ogni altra simile) può intendersi riferita almeno alla conoscenza del diritto straniero: sia come necessario presupposto per la comparazione con il proprio diritto o con quello di altri paesi ancora; sia di per sé, quale che possa essere lo scopo effettivo dell'acquisizione ed utilizzazione di tali conoscenze.

Così inteso, i primi sebbene frammentari esempi in materia possono rinvenirsi — come è noto — già nel medioevo ed in tempi anche più antichi. Ma si tratta di esempi ben lontani dal punto di vista qui assunto e relativo all'individuazione delle linee di tendenza e dei tratti caratterizzanti gli sviluppi del diritto comparato nei singoli contesti nazionali del mondo europeo (occidentale). Al riguardo, una cronologia migliore è evidentemente quella basata sulla formazione dei moderni sistemi giuridici statuali, ciascuno con la propria autorità sovrana ed un assetto centralizzato della giustizia, specie ai vertici, i cui organi (tribunali supremi) si incaricavano di dare applicazione a norme giuridiche riconosciute come vigenti entro i confini territoriali dello Stato, in forza delle fonti di diritto ivi stabilite.

Che la nascita degli Stati moderni con le loro giurisdizioni territoriali, nel contesto inoltre dell'espansione dei commerci al livello internazionale, dovesse dare impulso alle conoscenze di diritto straniero e comparato, appare un fatto sin troppo ovvio da non meritare, qui, specifici approfondimenti. Molto semplicemente, dunque, una storia del diritto comparato moderno — nel senso ampio testé indicato — prende avvio in stretto collegamento con il processo di formazione, durante i secoli XVI e XVII (e in alcuni paesi, come l'Inghilterra, anche prima), delle giurisdizioni statuali a base, cioè, territoriale. Per quanto

(4) Queste linee direttive, le quali divergono or dall'una or dall'altra delle correnti opinioni sulla storia del diritto comparato sopra menzionate nel testo (con i riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente), si trovano già tracciate in: GORLA, *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 27 (*Prolegomeni*), § 4; *Id.*, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale »* etc., cit., *Premesse* e § V; *Id.*, voce *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica* (Treccani), in corso di stampa, paragrafi 1-5 e 9.

concerne in particolare l'Italia, prima della sua unificazione politica, amministrativa e legislativa (gradualmente raggiunta dopo il 1860), l'esistenza stessa di parecchie di tali giurisdizioni favorì naturalmente in misura notevole l'interesse così come l'esigenza, specie di ordine pratico, per la conoscenza dei diritti ivi rispettivamente applicati.

Ma, occorre subito aggiungere, gli sviluppi in materia di comparazione giuridica, benché potentemente incoraggiati dal nuovo fenomeno della creazione degli Stati territoriali e relative divisioni giurisdizionali, in realtà pure rappresentavano il riflesso o, meglio, continuavano ad esser partecipi di un tradizionale atteggiamento, proprio dell'epoca tardo-medievale, ispirato all'idea delle « concordanze » tra diritti locali (municipali): un'idea, del resto, già presente in epoche anteriori sotto il nome di *comitas gentium*. Questo atteggiamento, di nuovo particolarmente forte negli Stati italiani preunitari, verrà in seguito illustrato (*infra*, par. 4), insieme con le concezioni da esso risultanti intorno alla natura, al ruolo ed agli usi del diritto comparato.

Ciò che importa per ora sottolineare è che gli sviluppi in materia così inizialmente caratterizzati si sono poi mantenuti fino a tempi a noi più prossimi (all'incirca la seconda metà del secolo scorso: *infra*, par. 7). Di guisa che sviluppi più recenti e diversamente caratterizzati non possono essere appieno compresi se non si tiene conto, appunto, di quei precedenti storici (*infra*, par. 8). Con la conseguenza, altresì, che la possibilità di (ricostruire) una storia del diritto comparato, dai tempi moderni ai nostri giorni, in termini di evoluzione e tuttavia di mutamento sarà tanto più effettiva in quanto opportunamente articolata sulla base di distinzioni relative alle sue fasi e corrispondenti qualificazioni della materia, per come esse si evidenziano attraverso la storia stessa.

In proposito si distinguono, a partire dalla formazione degli Stati moderni, tre fasi o periodi principali. La prima e più lunga, come s'è anticipato (e meglio si vedrà appresso), è quella riguardante l'esperienza della comparazione in cerca delle concordanze tra sistemi giuridici statuali; la cui durata si estende dal secolo XVI al XIX. Una seconda fase, che può dirsi intermedia, segue verso la fine del secolo scorso, allorché la comparazione giuridica e gli studi di diritto in genere divennero soggetti alla prevalente influenza di « interessi scientifici » da ultimo culminati, insieme con altri fattori, nella rottura della precedente tradizione (di studi giuridici e di diritto comparato in particolare). Infine, nel corso di questo nostro secolo e già dalle sue prime decadi, una terza fase si è aperta, che ha visto il diritto comparato consolidarsi e diffondersi come branca specialistica degli studi giuridici (entrata oramai a far parte, come tale, dei corsi delle facoltà di Giurisprudenza).

La stessa ripartizione dei periodi e corrispondenti orientamenti della storia del diritto comparato moderno si può riscontrare nelle singole aree nazionali del mondo europeo (occidentale). Donde la convenienza a trattare degli sviluppi generali in materia e dei loro aspetti comuni, prima di passare ad esaminare i contributi nazionali al fine di individuarne i caratteri specifici.

Qui, tuttavia, ci si occuperà più diffusamente del primo dei periodi suddetti: essendo esso il meno conosciuto, ma anche il più importante per una valutazione critica dei correnti indirizzi interpretativi circa le origini e gli sviluppi del diritto comparato, con riferimento in specie ai contributi (di autori) italiani.

4. — La moderna storia del diritto comparato ha riguardato, fino a tempi recenti, esclusivamente la cultura giuridica e la civiltà europee, nonché, fuori d'Europa, quelle dei paesi già colonie europee e divenuti poi Stati indipendenti.

Una completa ricostruzione di questa storia e dei suoi molteplici e vari aspetti è ancora carente. In particolare, è stato trascurato, a tutt'oggi, o comunque passato sotto silenzio, quello che ne rappresenta il risultato massimo, in termini culturali ed istituzionali, costituito dall'esperienza del « *diritto comune e comparato* ». La quale, delineatasi già in epoca tardo-medievale, venne sviluppandosi soprattutto nei secoli XVI-XVIII, per continuare ben dentro il XIX secolo. Si tratta di un'esperienza essenzialmente basata sull'elaborazione di tecniche e modelli uniformi di ragionamento giuridico e, insieme, sulla produzione di norme e principi comuni: tutto grazie ad uno spirito transnazionale di reciproca comprensione tra giuristi, tanto gli studiosi quanto i pratici, dei vari Stati europei (occidentali).

L'espressione « *diritto comune e comparato europeo* » deve intendersi riferita, da un lato, alle origini continentali dell'esperienza medesima e, dall'altro, alla sua progressiva espansione in seno alla civiltà giuridica europea (nel senso ampio di cui sopra, par. 2). Essa è usata con valore di endiadi, per indicare cioè l'interdipendenza dei suoi elementi, siccome facce di uno stesso fenomeno: consistente in ciò che regole e principi comuni si radicavano nella comparazione, quindi implicando nel giurista di un dato paese un'effettiva conoscenza dei diritti di altri paesi; mentre la comparazione, a sua volta, si prefiggeva di ricercare tali regole e principi.

Un ulteriore chiarimento a proposito di detta espressione s'impone con riguardo alla divisione che suole farsi dei sistemi giuridici occidentali in due grandi « famiglie »: quella di *civil law*, relativa ai diritti del continente europeo, e quella di *common law*, con alla testa il diritto inglese. Il fenomeno summenzionato, ossia di una comparazione in cerca delle concordanze, ebbe ad interessare ambedue le aree, sebbene in diversa misura. In Inghilterra, come pure in Scozia, nonché negli Stati Uniti d'America (durante l'« *era formativa* » del diritto nordamericano, nel secolo scorso), quel tipo di comparazione includeva la conoscenza delle fonti giuridiche continentali ⁽⁵⁾; sì da rappresentare, storicamente, l'inizio del « *dialogo* » tra *civil law* e *common law*, in seguito

⁽⁵⁾ Sull'argomento v.: GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale »* etc., cit., §§ I e III e *Appendice terza*; MOCCIA, *English Law Attitudes to the « Civil Law »*, in *The Journal of Legal History*, 1981, vol. 2, p. 157 ss.; e, con riguardo agli USA, P. CARLINI, *A proposito dell'uso del diritto continentale europeo (o Civil Law) durante la cosiddetta « Formative era » del diritto statunitense*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 65 ss.

divenuto — e che tuttora rimane — il punto centrale degli studi di diritto comparato nel mondo occidentale contemporaneo ⁽⁶⁾. Invece, sul continente europeo l'ambito dei diritti stranieri considerati allo scopo della comparazione in cerca delle concordanze era normalmente ristretto, ancora verso la fine del secolo passato, al continente stesso (e più precisamente alla sua « parte occidentale »). Ciò che peraltro si dimostra vero solo relativamente al « diritto privato (civile) » in genere. Mentre una storia a sé va fatta per il settore del « diritto pubblico »: ove i giuristi inglesi sono stati (almeno in apparenza) tradizionalmente ostili alla recezione di idee ed esempi provenienti dal continente e che si riteneva fossero il prodotto di una concezione « assolutistica » del potere ⁽⁷⁾; ed ove, viceversa, i giuristi continentali, a partire dal secolo XVIII (con il Montesquieu ed altri scrittori animati da fervori riformistici), sono stati sempre più attratti dall'esperienza inglese.

Tenuto dunque conto delle precisazioni, distinzioni e limitazioni ora poste, si può osservare che l'espressione « diritto comune e comparato » vuole qui alludere (dal lato del primo dei suoi elementi costitutivi, cioè il « diritto comune ») all'esistenza in tutta Europa, ed in specie — per quanto concerne la storia in esame — nei paesi continentali, durante i secoli XVI-XVIII, di una sostanziale identità od uniformità, basata sulla comunicazione (*communicatio*) di modelli, metodi ed atteggiamenti, e conseguente concordanza o convergenza di norme e principi in molte branche dei singoli ordinamenti statuali. Nello stesso senso i giuristi europei di quei secoli parlavano di « *civilis orbis nostrae communicationis* », « *communis opinio totius orbis (Europae)* », « *consuetudines generales (communes)* — o — *mores Europae* », « *praxis totius Europae* », sul continente; oppure, in lingua inglese, di « *general (universal) jurisprudence of modern Europe* » ⁽⁸⁾.

(6) GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., §§ IV e IX.

(7) Ma, in realtà, anche nel settore « pubblicistico » la storia dei rapporti *civil law-common law* appare largamente lacunosa o, peggio, oggetto di distorsioni. Basti appena ricordare che sul continente, tra il XVI e XVIII secolo, venne costruita una teoria dei limiti al potere del sovrano-legislatore (o, come oggi si direbbe, del controllo di costituzionalità delle leggi) basata sul principio di immodificabilità degli *iura naturalia*, quando in Inghilterra, nei secoli XVII-XVIII, prendeva corpo il dogma dell'« onnipotenza » del parlamento; e che, del resto, il tentativo (poi risultato vano) di introdurre anche nella *common law* simili garanzie « costituzionali » fu allora operato, da giudici del calibro di Sir Edward Coke (nel famoso *Bonham's Case*, del 1610), prendendo a prestito, e sia pure nascostamente, il medesimo concetto di *iura naturalia*, anglicizzato in quello di *common rights*. Si veda in proposito, e per una revisione critica di certi luoghi comuni relativi all'assetto del potere negli Stati italiani preunitari in modo particolare, GORLA, « *Iura naturalia sunt immutabilia* ». *I limiti al potere del « Principe » nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, 1982, p. 629 ss., riprodotto (nelle parti riguardanti l'argomento) in GORLA, *Il diritto in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., § III, Appendice quarta.

(8) Sull'uso di queste espressioni e sul modo d'intenderle presso i giuristi continentali dei secoli XVI-XVIII, nonché presso i giuristi di lingua inglese ancora fino alla metà del secolo XIX. v. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., p.

Dal punto di vista dei materiali utilizzati per dar vita al fenomeno così denominato, occorre subito notare che l'idea di un diritto comune (o *general jurisprudence*) non si risolveva in quella soltanto del diritto romano tramandatosi con i testi giustinianeî e costituente, attraverso le rielaborazioni della scuola e della pratica, il c.d. « *ius (Romanum) commune* ». Quest'ultimo, invero, ne rappresentava la componente maggiore, alla stregua di un grande sedimento comune alla cultura giuridica delle *Europae Gentes*, per dirla con parole di Arthur Duck, un giurista inglese del secolo XVII, che fu insieme *civilian* e *common lawyer* ⁽⁹⁾. Il diritto comune europeo si poneva invece come la risultante delle concordanze tra gli ordinamenti dei singoli Stati sovrani, avuto quindi riguardo all'insieme delle loro componenti. Questo diritto perciò includeva non solo il *Corpus iuris* giustiniano, sia che fosse ricevuto come *lex* o semplicemente come *ratio scripta*, insieme con le relative interpretazioni, ma anche altre branche quali: il diritto feudale, il diritto dei commerci di terra e di mare, il diritto dei rapporti internazionali privati e pubblici, e così via, e così via, o sviluppatasi in maniera distinta dal *Corpus iuris*, per via di consuetudini, di precedenti giudiziali od opinioni dottrinali; ancorché connessi — in vario grado e talvolta fittiziamente — alla compilazione giustiniana. Inoltre, un ampio ed importante settore dei moderni ordinamenti continentali, distinto dal diritto romano, era costituito dalla massa di atti legislativi emanati in vari campi e spesso contenenti le medesime (o simili) disposizioni su tutto il continente o nell'ambito di certe aree nazionali. Come nel caso, ad esempio, degli statuti comunali in Italia, in ordine ai quali si faceva luogo, da parte dei giuristi, alla ricerca del *quid commune*; mentre la loro interpretazione avveniva, per i casi dubbi od omessi, nel quadro del diritto comune ⁽¹⁰⁾.

497.

È importante rilevare che tali espressioni postulavano, insieme con l'idea di « Europa » (che sarebbe interessante confrontare con quella dei giuristi dei tempi successivi), un'idea di « nazione » priva di quei connotati « nazionalistici » che interverranno poi, nei secoli XIX e XX, e che, in concorso con altri fattori, contribuiranno all'affermazione del « diritto comparato delle differenze » (*infra*, par. 7). Difatti, presso i giuristi del diritto comune che pure parlavano, benché in presenza di realtà politico-statali frammentate e composite, di Italia, Spagna, Francia, Germania, *etc.*, ossia in termini di entità nazionali, queste entità venivano però considerate, dal punto di vista giuridico-culturale in genere, semplicemente come facenti parte dell'« Europa », intesa come l'« orbe della nostra civile comunicazione »; vale a dire, quali sedi dei rispettivi diritti (nelle loro varie componenti) che venivano comparati al fine di trovarne le concordanze, costituenti la *communis opinio* od un insieme di *mores* comuni, ma anche al fine di vederne le differenze costituenti il *proprium* di ciascuna nazione.

⁽⁹⁾ Sulla figura e sull'opera del Duck v. CORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., pp. 571-573.

⁽¹⁰⁾ Su tutto ciò v. *amplius* CORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit. p. 495, testo e nota 1, nonché *Id.*, *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 22 (*Unificazione « legislativa » ed unificazione « giurisprudenziale »*), §§ V e VII.

A proposito della ricerca, mediante comparazione, del *quid commune* negli statuti locali

All'intreccio di queste fonti, e cioè i testi giustinianeî (e relativa *interpretatio*), le consuetudini e prassi, i precedenti giudiziali, le leggi, nonché le opere di dottrina, si deve in complesso la formazione degli ordinamenti dei moderni Stati europei. Ond'è che il diritto comune fondato sulle concordanze tra questi ordinamenti veniva ad essere a sua volta composto da quelle stesse fonti.

Si tratta ora di vedere quale fosse il meccanismo che metteva in comunicazione i vari ordinamenti tra loro, rendendone così possibile l'uniformità o convergenza; altrimenti detto, il modo in cui un tale risultato veniva raggiunto — di fatto — dai giuristi europei dei secoli XVI-XVIII. Naturalmente l'attenzione cade sul ruolo giocato dalla comparazione, e sue connesse qualificazioni (ossia sul secondo degli elementi, il « diritto comparato », dell'espressione in precedenza usata).

Molto brevemente, occorre ricordare che un aspetto-chiave della formazione degli ordinamenti giuridici degli Stati moderni consisteva nello stabilire un sistema di fonti (e loro gerarchia) alla cui stregua operare il riconoscimento delle norme giuridiche applicabili entro i confini dello Stato. All'uopo, l'atteggiamento ed il metodo di ragionamento giuridico prevalenti tra i giuristi europei di quei secoli si rifaceva ad un'idea di « apertura », in circostanze e per scopi determinati, dell'ordinamento, dal lato appunto delle sue fonti normative. Ogni qualvolta, infatti, la decisione di un caso concreto o di specifiche questioni non potesse essere resa per la mancanza o l'incertezza di fonti (o come allora anche si diceva di *auctoritates*) interne (*casus omissus* o *dubius*), si poteva (e doveva) ricorrere, da parte di giudici ed avvocati, alla *communis* (o *magis communis*) *opinio*. Ciò nel senso dei precedenti giudiziali dei tribunali (specie quelli supremi) di altri paesi, nonché delle opinioni di scrittori stranieri, come pure di leggi e consuetudini altrove vigenti (in paesi vicini), che prospettavano per il caso in decisione la soluzione universalmente (o più generalmente) accolta. Sempre nell'ipotesi di casi omissi o dubbi, poteva esser fatto ricorso alla « legge di un luogo vicino » (*lex alius loci*), che contenesse la soluzione migliore o più adatta, e rivelasse con ciò la sua maggiore esperienza in materia. Inoltre, questo approccio comparativo in cerca delle concordanze tra diritti stranieri era spesso posto in atto al fine di confermare e rafforzare il valore di norme e soluzioni applicate e seguite in ciascun ordinamento, dimostrandone la conformità con quelle applicate e seguite comunemente altrove e, comunque, prevalenti nell'ambito dei paesi continentali. Con la

(spesso contenenti una trascrizione delle consuetudini locali), è interessante notare che una tale ricerca ebbe luogo anche in Francia per le *coutumes*. Ivi, fra i secoli XVI-XVIII, vide la luce una gran massa di opere nelle quali le varie *coutumes* erano « *confrontées* » o « *comparées* »: un elenco al riguardo è in H. COING (cur.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/2 (1976), p. 200 ss. È nota, del resto, la grande impresa tentata dai re di Francia e diretta alla codificazione delle *coutumes*, per estrarne il *quid commune* o l'« *esprit général du droit coutumier* »: v., per un cenno, GORLA, *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 21 (*Il ricorso alla legge di un luogo vicino* etc.), § 11.

conseguenza pratica, degna di rilievo, che le norme legislative o consuetudinarie applicabili in un ordinamento, le quali fossero conformi a modelli comuni, erano interpretate estensivamente (*interpretatio favorabilis*); mentre quelle che vi si discostavano erano interpretate restrittivamente (*interpretatio restrictiva*).

Da tutto ciò appare chiaramente che la comparazione costituiva il perno stesso su cui poggiava l'ordinamento giuridico « aperto », come quello — in sintesi — dove veniva autorizzato e praticato il ricorso alla *communis opinio totius orbis (Europae)*. La quale in tanto poteva essere ricercata e verificata (talvolta anche creata), in quanto si fosse guardato ai diritti di altri Stati e paesi. Donde l'immanenza in questo tipo di ordinamento del diritto comparato così inteso ed utilizzato a vari scopi. Per riassumerli: trovare una soluzione nei casi in cui il diritto statale (locale) non ne prevedesse alcuna (o quando quella prevista risultasse dubbia); valutare ed interpretare le norme (legislative o consuetudinarie) localmente vigenti in termini di conformità o meno con i modelli più comunemente seguiti altrove; mostrare che in specie le leggi di un dato paese non avevano carattere arbitrario, nella misura in cui le loro disposizioni, regolanti certe materie, corrispondevano a quelle, nelle stesse materie, comuni ad altri paesi. Né va dimenticata, in aggiunta (cioè come ulteriore caratteristica dell'ordinamento « aperto », ugualmente basata sulla comparazione), la diffusa prassi giurisprudenziale del *recursus ad legem alius loci*; per effetto del quale ricorso venivano ad esser introdotte nell'ordinamento norme legislative, consuetudinarie, o regole giudiziali prese da ordinamenti stranieri « vicini ». Prassi, com'è evidente, destinata a produrre — sia pure indirettamente — l'uniformità in determinati campi dei diritti statali (almeno di quelli compresi nella medesima area geografica, secondo l'esempio offerto dagli Stati italiani preunitari) ⁽¹¹⁾.

In complesso si può ritenere, dunque, che il « diritto comune e comparato europeo » riflettesse una concezione essenzialmente « sovra — (od extra) statale » (a sua volta specchio di un'aspirazione all'universalità) del diritto, dal lato delle sue fonti: sì da far dipendere, nei casi e per gli scopi anzidetti, il riconoscimento e l'interpretazione di regole e principi all'interno dei singoli ordinamenti dalla *communis opinio*, ossia dalla concordanza con e tra i diritti di altri paesi; se non addirittura recependo direttamente le *auctoritates* straniere. Questa concezione non si poneva solo astrattamente, ovvero in maniera teorica, ma si faceva concreta attraverso il mezzo della comparazione intesa come fondamentale attributo immanente nell'ordinamento giuridico « aperto »; quest'ultimo essendo, del resto, una creazione giurisprudenziale, opera degli sforzi congiunti di giudici ed avvocati, specie al livello delle alte (supreme) magistrature.

⁽¹¹⁾ Sugli ordinamenti giuridici « aperti », come creazione degli stessi giuristi dell'epoca, e sulle altre cose dette nel testo v. *amplius* GORLA, *Il diritto comparato in Italia etc.*, cit., § II sub A, nonché *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 22 (*Unificazione « legislativa » ed unificazione « giurisprudenziale »*), §§ VII-IX.

A questo punto importa osservare che l'esperienza del « diritto comune e comparato », così sommariamente descritta, pervadeva i lavori e le attività, sia dottrinali sia forensi, dei giuristi europei (continentali), tra i secoli XVI e XVIII, in misura tale e talmente naturale che, all'epoca, non esisteva e nemmeno si profilava lontanamente una figura di « specialista » in diritto comparato. Difatti la comparazione era normale occupazione (quasi una vocazione) dei giuristi del tempo, in particolare dei pratici; per i quali, anzi, il saper maneggiare fonti giuridiche straniere costituiva un requisito indispensabile della loro arte e formazione professionale. E la prova migliore in proposito è data dal fatto che le biblioteche private di giudici ed avvocati (anche quelli « provinciali » o di modesta levatura) abbondavano di testi, come raccolte di giurisprudenza, trattati e manuali per uso del foro, che erano opera di giuristi di altri paesi e che riguardavano sia il diritto di quei paesi sia il diritto comune.

Il che spiega, almeno in parte, la *neglectio* del periodo e relativo fenomeno sin qui considerati da parte delle correnti opinioni in tema di storia del diritto comparato (cioè di quelle menzionate *supra*, par. 2). E ciò in quanto tali opinioni muovono da un'identificazione della materia in termini « specialistici » e, comunque, in un modo preconconcetto, che trascura quindi la vera ragione per cui detto periodo dev'essere invece riguardato come uno dei più importanti e fruttuosi in tutta la storia del diritto comparato.

Invero, e senza tener conto dei contributi « culti » dell'umanesimo giuridico (durante i secoli XV-XVI) e, più tardi, dei prodotti della scuola di diritto naturale (fiorente nei secoli XVII-XVIII), è facile constatare, una volta appuntato lo sguardo sulla gran massa della letteratura giuridico-forense di quegli stessi secoli, che la comparazione era ovunque presente, per un verso o per l'altro. Così nelle opere di dottrina, quali commentari o trattati, concernenti principalmente il « diritto romano comune » o branche del « diritto comune europeo », ove il diritto proprio dell'autore veniva sempre inserito in quel più generale contesto e comparato con esso. Così ancora nelle opere dottrinali concernenti invece, principalmente, il diritto locale, ma sempre in associazione e comparazione con il diritto comune. Così, e soprattutto, nelle opere d'uso forense, quali raccolte di giurisprudenza (*Decisiones*), od altre (*Consilia*, *Allegationes*), ove si rende evidente il metodo (o lo stile) del ragionamento giuridico seguito da giudici e consulenti. Questo metodo consisteva, precisamente, nel far uso della comparazione al fine, prima di tutto, di trovare la *communis* (o *magis communis*) *opinio* o *praxis* in punto, per poi scendere ad esaminare la conformità con essa delle norme legislative, consuetudinarie, o delle regole giudiziali, se esistenti in punto, localmente applicabili: altrimenti, quando cioè le *auctoritates* interne mancassero o fossero dubbie, ricorrendosi a tale *communis opinio* o alla *lex alius loci* (per vedere se e quale di esse fosse la più adatta alle circostanze di specie).

A conclusione di quanto si è fin qui detto, è possibile tracciare un duplice profilo circa i modi d'essere del diritto comparato nel periodo tra XVI e XVIII secolo. Da un lato, la comparazione (ed in genere la conoscenza dei diritti

stranieri) operava allora in stretto rapporto con l'idea dell'ordinamento giuridico « aperto », di cui rappresentava una condizione fondamentale. Dall'altro lato, la comparazione così intesa veniva ad esser utilizzata, più nella pratica che nella teoria del diritto, come mezzo di comunicazione tra i giuristi e di uniformazione tra i diritti dei diversi Stati e paesi europei (continentali). Si trattava, proprio per questo, di una comparazione *par excellence*, ossia rivolta principalmente a ricercare le concordanze e somiglianze tra i diritti statali (locali). Le cui differenze e peculiarità erano pure prese in considerazione (insieme con le ragioni che le spiegavano), ma piuttosto alla stregua di variazioni o deviazioni rispetto ad un'unità di fondo (*varietas in unitate*).

Resta infine da aggiungere che, sul continente, la comparazione come elemento costitutivo del « diritto comune europeo » rimase vitale anche dopo l'avvento nel secolo scorso dei codici nazionali. Difatti, ancora nella prima metà di quel secolo, i codici francesi e le loro imitazioni ricevute in altri paesi del continente, tra cui gli Stati italiani preunitari, non comportarono un significativo mutamento degli atteggiamenti di fondo della cultura continentale ed in particolare del suo tradizionale carattere giurisprudenziale. Tant'è che quei codici furono allora interpretati, adattati ed integrati, nel quadro del « diritto comune europeo ». A ben vedere, anzi, quello stesso spirito transnazionale di reciproca comprensione tra i giuristi europei, che per secoli aveva reso possibile l'esperienza del « diritto comune e comparato » ed una produzione letteraria dove tale esperienza era caratteristicamente riflessa, continuò ad alimentare fino alla seconda metà del secolo XIX la produzione, ugualmente, di un largo numero di opere intese a dimostrare le somiglianze e differenze tra i vari codici nazionali, nonché tra essi ed il diritto locale e comune delle epoche passate.

5. — Nei paragrafi iniziali (1-2) si sono spiegate le ragioni per cui appare giusto fare, sia pure in via esemplificativa, menzione dei principali giuristi italiani che operarono nel campo del diritto comparato fra i secoli XVI e XIX. A tale menzione sono dedicati il presente paragrafo e quelli successivi (6-7). Incominciamo dai secoli XVI-XVIII.

I giuristi, specie giudici e consulenti, degli Stati italiani svolsero un ruolo molto attivo e di primo piano sulla scena, per così dire, degli ordinamenti giuridici « aperti » dei secoli XVI-XVIII, contribuendo per parte loro ai connessi sviluppi del « diritto comune e comparato ».

Come già s'è detto, esempi di tali contributi possono facilmente rinvenirsi nella gran massa della letteratura dottrinale e forense di quei secoli. Qui si tratterà di menzionarne alcuni, appunto di autori italiani, scelti fra i tanti che meriterebbero d'esser citati.

Merita d'esser citata, anzitutto, l'opera del Cardinal De Luca (1614-1683), *De Statutariis Successionibus (Cum Particulis Statutorum & Legum excludentium Foeminas propter Masculos, tam intra Statum Ecclesiasticum quam extra illum)*, la cui prima edizione è del 1680 circa. L'autore, uno dei più

grandi giuristi del suo tempo, vi passa in rassegna le norme legislative e consuetudinarie regolanti in tutta Europa (inclusa persino la Gran Bretagna) la materia delle successioni *ab intestato*, relativamente alla capacità di succedere delle donne. E ciò allo scopo di mostrare la conformità del diritto interno (dello Stato pontificio) rispetto all'orientamento comune (o generale) che escludeva le femmine a vantaggio dei maschi; insieme illustrando le varie e molteplici ragioni (storiche, politiche, economiche ed in genere sociali e culturali) che spiegavano tale esclusione. L'opera intendeva essere rivolta, nelle parole dello stesso autore, sia a scopi di politica legislativa («*ad publicam utilitatem*»), offrendo materiali ed affrontando problemi relativi alla disciplina della materia; sia a scopi dottrinali («*ad studiosorum utilitatem*»), descrivendo e comparando i diritti stranieri al riguardo.

Altri esempi particolarmente interessanti si riscontrano nel campo dei commerci di terra e di mare; laddove il « diritto comune e comparato » conseguì i suoi risultati più imponenti sul piano della creazione e circolazione di modelli transnazionali. Per tale via, la comparazione appunto, ebbe a formarsi una sviluppata *lex mercatoria*, la quale valeva non soltanto nei rapporti tra mercanti di Stati diversi (come si tende oggi a fare con la nuova *lex mercatoria*: *infra*, par. 8), ma anche nei rapporti tra mercanti di uno stesso Stato, ovverosia all'interno di esso. A proposito della formazione e diffusione di questa *lex mercatoria* conviene osservare che all'incirca nel secolo XVI (e in qualche caso anche prima), specie in Italia, la giurisprudenza pratica o forense (ma insieme teorica) prese su di sé il compito di dar corpo ad un diritto comune dei commerci di terra e di mare, traendolo dagli usi dei mercanti; cioè da una sorta di materia grezza (come sono del resto le consuetudini in genere), qual'era fornita dai mercanti stessi nella veste di « testimoni » dei loro usi. Quella giurisprudenza interveniva nei *casus omissi o dubii*, per provvedere al suo compito, facendo ricorso a collaudate tecniche interpretative, come la ricerca delle concordanze fra usi e leggi dei vari luoghi e fra le prassi e le opinioni dei giurisprudenti ivi operanti ⁽¹²⁾.

Nel campo così individuato, uno dei primi e più noti titoli da ricordare è quello dello Stracca (1509-1578), *De mercatura seu mercatore tractatus* (1553), ristampato in numerose edizioni e spesso insieme con le decisioni della Rota di Genova (*Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam*), della metà circa del '500. Vale notare che in quella « fucina » della *lex mercatoria* che fu la Rota genovese, con i suoi forensi, tanta era l'importanza della conformità della decisione con la *communis opinio o praxis* che non di rado una causa veniva sospesa onde promuovere un'apposita inchiesta sulla concordanza tra vari usi locali riguardanti una certa materia, arrivando quindi a determinare un uso generale valido come tale.

⁽¹²⁾ Per ulteriori ragguagli in argomento v. GORLA, *Il diritto comune alle nazioni e l'emblema Unidroit*, in *Atti dell'Accademia dei Lincei*, 1985; e GORLA-MOCCIA, A « *Revisiting* » etc., cit., p. 149.

Sempre nello stesso campo, altro nome di spicco è quello di Ansaldo degli Ansaldo (1651-1719), con i suoi fondamentali *Discursus legales de commercio et mercatura* (1689).

Una speciale menzione va poi fatta delle opere del Casaregi (1670-1737): in particolare della più famosa (persino citata dalla giurisprudenza anglo-americana), intitolata *Discursus legales de commercio* (1719), consistente in una raccolta di *consilia* ed *allegationes* così dell'autore come di altri giuristi, nonché di suoi trattatelli, e con l'aggiunta di decisioni di tribunali. Importanti sono inoltre: il suo commentario sul *Consolato del mare* (1719), ed in materia cambiaria e fallimentare il suo *Cambista istruito per ogni caso de' fallimenti* (1729).

Si possono ricordare, ancora, le opere dei fratelli Pompeo ed Ascanio Baldasseroni. Il primo, Pompeo Baldasseroni (1743-1807), è autore delle *Leggi e consuetudini del cambio, ossia trattato sulle lettere di cambio* (1784): una sorta di *restatement* formato, cioè, da articoli, ciascuno dei quali redatto sulla base delle concordanze esistenti tra i vari diritti locali; ma non senza tener conto, all'occorrenza, anche delle differenze. Il secondo, Ascanio Baldasseroni (1751-1824), è autore di un *Dizionario ragionato di giurisprudenza marittima e di commercio* (in tre volumi, 1810-1813), e di un *Trattato di giurisprudenza marittima delle assicurazioni e delle avarie*, più conosciuto sotto il titolo abbreviato *Delle assicurazioni marittime* (1786, in tre volumi anch'esso), contenente un'esposizione comparata di leggi, consuetudini, precedenti giudiziali ed opinioni dottrinali correnti sulle principali piazze mercantili europee.

Un esempio ulteriore può esser visto nel *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile* (1786) dell'Azuni (1749-1827): opera concepita per voci, sotto ognuna delle quali si riporta la *communis opinio* in punto risultante dall'esame comparativo dei vari diritti e relative *auctoritates*.

Ugualmente rappresentativa di un atteggiamento culturale fondato sull'idea di regole e principi giuridici comuni ai paesi europei e, comunque, incline all'uso della comparazione come mezzo di ricerca delle somiglianze tra i diritti dei singoli Stati, è altresì l'opera del Lampredi (1732-1793), *Juris Publici Universalis, sive Juris Naturae et Gentium theorematata* (in tre volumi, 1776-1778), meglio nota in una versione *abrégé* (edita da D. Sacchi) col titolo di *Diritto pubblico universale* (1818).

Ma, per quanto ristretta, questa lista di nomi e titoli non può non menzionare, con riguardo al secolo XVIII, il nome del Filangieri (1752-1788) e la sua *Scienza della legislazione* (apparsa in successivi volumi dal 1780 al 1785 e non completata per la morte dell'autore). Si tratta — come è risaputo — di un'opera molto ambiziosa, per l'ampia gamma delle materie ivi contemplate (forme di governo, attività legislativa, procedura penale, sistemi educativi, ed altre ancora). Essa assegna alla conoscenza delle esperienze straniere ed alla loro comparazione un ruolo fondamentale nello studio delle istituzioni giuridiche (così come di quelle politiche e sociali). In tal senso l'opera del Filangieri può esser avvicinata all'*Esprit des Lois* (1748) del Montesquieu.

Difatti entrambe occupano un posto di primo piano nella storia del diritto comparato moderno. Va però osservato, sia pure molto brevemente ed in maniera semplificata, che mentre la prospettiva dello scrittore francese si fondava sull'idea della varietà storica di leggi e consuetudini locali, mirando a differenziarle e raggrupparle secondo certi criteri, e così anticipando quelli che saranno i futuri sviluppi della comparazione in tempi più recenti, il Filangieri poneva invece l'accento (anche e piuttosto) sull'idea di modelli comuni da seguire. Egli pertanto assumeva, nonostante un atteggiamento critico verso lo stato del diritto e degli studi giuridici all'epoca, un punto di vista tradizionale che, sebbene espresso in termini più politici che giuridici, tuttavia invocava la comunicabilità di regole e principi di diritto da paese a paese (specialmente con il mezzo di leggi uniformi).

6. — Si è già osservato (*supra*, par. 4) che nel secolo scorso il fenomeno degli ordinamenti giuridici « aperti », e la connessa idea della comparazione come mezzo per colmare le *lacunae* all'interno di tali ordinamenti e, insieme, come modo di valutazione delle fonti normative locali in rapporto a quelle straniere, non cessò, almeno non da subito, per l'avvento dei codici nazionali. Al contrario, parecchi esempi indicano che il « diritto comune europeo », unitamente allo spirito transnazionale che lo animava, sopravvisse ancora per un certo tempo in quel secolo.

Con riguardo in particolare agli Stati italiani preunitari si deve aggiungere che molteplici circostanze e fattori concorrevano a tenere in vita quell'idea di comparazione, tanto nello studio quanto nella pratica del diritto. E difatti, nella prima metà del secolo passato (o, meglio, fino all'unificazione del paese), in alcuni Stati il « diritto comune » (nel significato ampio descritto *supra*, par. 4) rimase in vigore relativamente a certi settori, mentre a fianco di esso veniva ad essere introdotta una legislazione codificata; ad esempio, in materia commerciale, dove fu conservato od imitato il testo francese del *Code de commerce* (così nel Granducato di Toscana e nello Stato pontificio). Ma in questi Stati, come pure negli Stati italiani preunitari dove si ebbe invece una massiccia recezione di codici, con la conseguente formale abolizione del diritto anteriormente vigente, il diritto comune conservava la sua importanza fondamentale di tradizione giuridica; tant'è che il nuovo diritto locale codificato era di solito confrontato con (interpretato ed integrato mediante) esso. Né va poi dimenticato che intere regioni italiane erano soggette ancora alla dominazione straniera o, comunque, risentivano di influenze politico-culturali straniere: naturalmente uno stato di cose, questo, che significava in ogni caso una dipendenza da testi giuridici stranieri (sia legislativi sia dottrinali), e che si risolveva nella traduzione di essi, accompagnata spesso da commenti intesi ad adattarne l'utilizzazione alle condizioni locali.

Tutto ciò fu causa, in complesso, di un atteggiamento od abito mentale dei giuristi italiani del tempo spontaneamente incline, per così dire, a far uso della comparazione. Esempi di tale atteggiamento, la cui spiegazione può essere del

resto ricondotta anche alla tradizionale esperienza del diritto comune e comparato dei secoli precedenti, si ravvisano facilmente in un genere di letteratura giuridico-forense costituita da opere dove fonti ed *auctoritates* (soprattutto giurisprudenziali) sia interne sia straniere erano raccolte insieme, allo scopo di confrontarle e mostrarne l'uniformità o le concordanze (piuttosto che le differenze).

A. Le « concordanze »

Possono essere qui ricordati, per cominciare, due dei maggiori esempi del genere, entrambi relativi al Codice civile degli Stati Sardi (o Codice Albertino) del 1838.

Il primo è dato da una voluminosa opera dell'avvocato C. Mantelli (da lui curata in collaborazione con altri « giureconsulti »), così significativamente intitolata: *Giurisprudenza del Codice Civile e delle altre Leggi dei Regi Stati, ossia Collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate dai supremi Magistrati sì dello Stato che Stranieri sui punti più importanti di Diritto Civile, Commerciale, di Procedura Criminale, Amministrativo, ecc.* (in otto volumi, 1839-1847). Si noti che il riferimento, nel titolo, alla giurisprudenza dei tribunali supremi di Stati « stranieri » include, nel testo, anche gli altri Stati italiani.

Il secondo esempio, ancor più imponente per mole, è un'opera (in nove volumi) scritta da un sodalizio di avvocati sotto il titolo, altrettanto significativo dell'atteggiamento suddetto, di: *Manuale Forense, ossia Confronto fra il Codice Albertino il diritto romano e la legislazione anteriore, con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del Codice Civile Francese ed Austriaco* (1838-1843).

Altro importante esempio, ma su un diverso piano, è l'opera scritta da Mancini, Pisanelli, e Scialoja, « con la cooperazione di parecchi giureconsulti del Piemonte e di altri Stati d'Italia » (1855-1863, in cinque volumi). Si tratta del *Commentario del Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi* [1854], con la comparazione degli altri codici Italiani e delle principali Legislazioni straniere (incluso il diritto inglese in materia).

Questo genere letterario, caratterizzato dunque dall'uso della comparazione a fini di ricerca delle concordanze, piuttosto che delle differenze, tra i diritti dei vari Stati italiani e tra questi e quelli di Stati stranieri, raggiunge da noi — per così dire — la sua maturità, insieme iniziando la fase declinante, con una serie di opere concernenti il Codice civile unitario del 1865, e di cui vanno qui ricordati almeno due esempi assai significativi.

Anzitutto, l'opera dell'avvocato D. Galdi così intitolata: *Codice civile del Regno d'Italia col confronto coi Codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, Leggi per la Toscana e col diritto romano — Corredato delle relazioni fatte alla Camera elettiva ed al*

Senato e di un sunto completo e preciso di tutte le discussioni parlamentari e delle diverse commissioni legislative (Napoli, 1865). L'opera è di notevole interesse per vedere quanto di « diritto comparato » entrò nei lavori preparatori del codice civile del '65.

Ad essa si affianca l'opera dell'avvocato J. Mattei, che reca a sua volta una lunga intitolazione così articolata: *Il codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco, colle opinioni di Voet, Fabro, Richeri, Domat, Pothier, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duvergier, Duranton, Zachariae, Troplong, Mourlon, Marcadè, Demolombe, Grenier ecc. [...] con riferimento alle decisioni delle Corti d'appello e di cassazione francesi, dei Superiori tribunali austriaci, e precipuamente alle decisioni delle Corti d'appello e delle Cassazioni del Regno [...]* (in quattro volumi, Venezia, 1873-1878).

L'opera del Mattei (che contiene frequenti richiami al diritto romano-comune) è evidentemente ispirata anche a scopi pratici, riguardanti l'applicazione, in via (alquanto lunga) transitoria, dei codici e leggi menzionati nel suo titolo; ma non soltanto a tali scopi. Altrettanto è a dire dell'opera del Galdi, nonché di quelle concernenti l'entrata in vigore delle varie codificazioni e per i primi tempi della loro applicazione ⁽¹³⁾. Ma, come abbiamo osservato (*supra*, par. 2), per fare una storia del « diritto comparato » bisogna prescindere da pregiudizi « scientifici », tendenti ad escluderne i lavori di « diritto straniero e comparato » finalizzati a scopi pratici.

B. Le « traduzioni »

Ulteriori contributi italiani alla storia del « diritto comune e comparato europeo » possono esser visti nel grande flusso di opere di traduzione di testi giuridici stranieri, sia di dottrina sia di giurisprudenza, accompagnate da aggiunte, note ed appendici, dedicate alla comparazione (di quei testi) con il diritto locale (del traduttore), col diritto romano-comune e con altri diritti stranieri. Moltissime di tali opere furono prodotte e pubblicate, specialmente a Napoli, nel corso del secolo XIX, dando così corpo ad un genere letterario di nuovo e tipicamente rappresentativo dell'atteggiamento suddetto ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ È appena il caso di ricordare, senza poterne qui fare menzione specifica, che opere del genere si trovano anche in Francia ed in altri paesi del continente europeo nei quali si ebbe, all'epoca, l'adozione di codici.

⁽¹⁴⁾ Su questo fenomeno delle traduzioni, dalle proporzioni davvero imponenti, contandosi più di duemila titoli, è in corso di stampa un lavoro della dottoressa M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*. Si tratta di un lavoro (che conosciamo in bozze) assai informato su tali opere di traduzione, nonché su altri fatti ugualmente interessanti per una ricostruzione della storia del diritto comparato in Italia nel secolo scorso; fra i quali ci piace qui richiamare quello dell'esistenza di una « Scuola Privata di Diritto » fondata e diretta da P.S. Mancini quando ancora era a Napoli, che si occupava specialmente di diritto internazionale e di « legislazione comparata ».

Si possono anzitutto ricordare, per la loro intitolazione decisamente espressiva dell'atmosfera culturale in cui operavano i giuristi italiani del tempo, le seguenti opere.

A cura di F. Galliani, il *Corso di Diritto Commerciale di G.M. Pardessus [...] corredato 1° Di un discorso intorno la storia della legislazione commerciale in Francia ed in Italia: 2° Della comparazione motivata della legislazione commerciale Francese con quella dei vari Stati Italiani e particolarmente del Regno delle due Sicilie; [...] 5° Di un appendice intorno le principali legislazioni commerciali straniere* (Napoli, 1858). L'« appendice » così annunciata si trova poi svolta sotto il titolo più puntuale di « utilità dello studio della legislazione comparata, e delle principali legislazioni commerciali straniere ». Essa consiste in un *excursus* comparativo sugli istituti del diritto commerciale a partire da quelli romani e delle nostre repubbliche medievali, per arrivare fino alla metà del secolo XIX (comprendendovisi riferimenti anche all'Inghilterra e agli Stati Uniti d'America).

A cura di F. Fulvio, il *Corso di Diritto Civile per C.S. Zachariae [...] contenente il testo delle leggi che hanno modificato la legislazione del Belgio, la giurisprudenza della Corte di Cassazione e delle Corti di Appello del Belgio, e la concordanza degli articoli del Codice francese con gli articoli dei corrispondenti de' nuovi Codici di Olanda [...] Novella edizione e traduzione Italiana, col confronto degli articoli delle leggi civili vigenti nell'Italia meridionale e del Codice Albertino, con note riguardanti la più recente legislazione francese [...]* (Napoli, 1867-1868).

Quest'ultima opera è preceduta di poco da altra analoga traduzione del *Corso di Zachariae*, « eseguita nello studio dell'avvocato Vincenzo De Matteis » (Napoli, 1862, con una interessante prefazione). Ciò che offre il destro per sottolineare che un carattere comune tanto al genere « concordanze » quanto al genere « traduzioni » è di essere opere « collettive » di più avvocati o, talvolta — come nel caso appena citato —, dei componenti di uno studio legale.

Va poi aggiunto che intorno alla metà circa del secolo scorso la « moda » delle traduzioni investe altri Stati italiani. Così in Piemonte, a Torino, fra il 1839 ed il 1850 viene pubblicato, in dodici volumi, il *Corso di diritto civile secondo il codice francese — Opera del professore Duranton applicata dall'avv. P.O. Vigliani e da altri avvocati piemontesi al Codice civile per gli Stati del Re di Sardegna e comparata con i codici civili del Regno Lombardo-Veneto, di Parma, delle Due Sicilie, del Canton Ticino e dei Paesi Bassi e colle leggi civili pubblicate in Toscana dal 1814 in poi*.

Questo grande flusso di letteratura giuridica comparatistica che, mediata o immediatamente attraverso le « traduzioni » o immediatamente, mette a confronto i codici e le leggi di vari Stati italiani ed europei fra loro e con il diritto anteriore (romano-comune), è accompagnata da raccolte dei testi codicistici e legislativi in genere, all'epoca (metà circa del secolo XIX) emanati. In proposito merita d'essere segnalata la Collezione, pubblicata a Torino nel 1845, dei codici e delle leggi civili degli « Stati d'Italia ».

Vanno pure ricordate, infine, le « *concordances* » basate sul raffronto testuale dei singoli articoli dei codici civili di vari paesi: alcune delle quali tradotte e diffuse in Italia ⁽¹⁵⁾.

7. — Nella prospettiva sin qui delineata, dunque, il secolo XIX segna la fase finale della tradizione del « diritto comune e comparato » sul continente europeo. Invero, esempi di questa tradizione possono rinvenirsi ancora in un periodo avanzato o tardo del medesimo secolo; specialmente, come s'è visto, negli Stati italiani preunitari. Ma, in aggiunta ad essi, altri e diversi esempi indicano che già dalle prime decadi di quel secolo gli atteggiamenti verso la comparazione giuridica stavano cambiando in conseguenza di un mutato clima culturale.

In tal senso il secolo XIX costituisce, a ben guardare, un periodo di transizione nella storia del diritto comparato moderno, durante il quale vecchie e nuove tendenze scorrono insieme, talvolta confuse in un contesto dai contorni sfuggenti, appunto perché risultante dal combinarsi e mescolarsi della tradizione con gli sviluppi più recenti ed originali in materia. Onde la difficoltà di cogliere in maniera precisa un aspetto davvero prevalente; difficoltà altresì accresciuta, sul piano storiografico, dalla mancanza (ancora una volta) di un'attenta indagine direttamente incentrata su materiali *d'epoca* e le attività in concreto svolte dai giuristi (teorici e pratici) nel campo ampiamente (e genericamente) inteso della comparazione.

Per quanto qui interessa, si osserva che con il secolo XIX divenne di primaria importanza il problema della *formalizzazione* dello studio comparativo del diritto (straniero), avuto riguardo sia alla sua giustificazione sia alla sua collocazione nella scienza giuridica. La particolarità (se non ancora la specificità) del problema sul piano oggettivo riverberava, poi, su quello soggettivo di chi, occupandosene, finiva per rivestire la qualifica di « addetto ai lavori ».

Ciò può in parte spiegarsi tenuto conto del fatto che l'antico assetto culturale ed istituzionale degli ordinamenti giuridici « aperti » era stato ormai soppiantato dai nazionalismi politici e giuridici, con la conseguente frammentazione degli ordinamenti in sistemi « chiusi » dal lato delle loro fonti, ridotte — specie sul continente — ad una sola (la « legge ») sotto la dominante positivistica del monopolio statale del diritto.

Per altro verso, quel problema rispecchiava una diversa concezione, a carattere « scientifico » e « sistematico », degli studi giuridici, che si faceva allora sempre più diffusa e prevalente. Ad essa, anzi, si può guardare come al fattore più direttamente responsabile del mutamento d'indirizzo che, sia pure sotto varie guise, avrebbe dovuto condurre in tempi più recenti ad accentuare

⁽¹⁵⁾ Si veda, ad es., A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code français*, Bruxelles, 1842; nonché la traduzione italiana di un'altra opera dello stesso autore, intitolata *Concordanza fra i Codici di commercio stranieri ed il codice di commercio francese - Opera contenente il testo dei codici e delle leggi commerciali di 44 Stati*, Venezia, 1855.

gli aspetti « teorici » della nozione di « diritto comparato », insieme con i problemi definitivi relativi alla natura ed alle funzioni di esso, vuoi come branca autonoma del sapere giuridico vuoi, invece, come specifica metodologia.

A questo punto ci si dovrebbe arrestare, tralasciando gli ulteriori contributi di autori italiani rilevanti per una storia del « diritto comparato » nel secolo scorso e fino alle soglie del presente. Ci permettiamo tuttavia di fare ancora una rapidissima carrellata su alcuni nomi e titoli, proposti non foss'altro che per esemplificare quanto sopra detto con riguardo alla difficoltà di una caratterizzazione univoca, ai fini di quella storia, del periodo qui considerato.

È d'uopo innanzitutto ricordare la figura dell'Amari (1810-1870), autore della *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, del 1857⁽¹⁶⁾. Si tratta, da un lato, di uno dei primi tentativi di definizione « scientifica » della comparazione giuridica; dall'altro, di un'opera che pure risente dell'esperienza del diritto comune, sebbene filtrata attraverso lo spirito dei tempi, nel senso almeno di essere basata sull'idea della comunicabilità dei modelli giuridici e rivolta « alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano »⁽¹⁷⁾. A tale idea s'è poi affiancata quella della possibilità di una « scienza del diritto universale comparato », per dirla con le parole di Del Vecchio (1878-1970), un tardo assertore di essa⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Su questa opera e sul pensiero dell'Amari si veda, più di recente, V. FROSINI nell'*Introduzione* alla ristampa dell'opera stessa (Palermo, 1969).

⁽¹⁷⁾ Il passo completo, circa la definizione e le funzioni della disciplina così denominata, reca: « La scienza della legislazione comparata adunque è quella, che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la *dottrina giuridica della civiltà universale*, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni: alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate: alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione di un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sull'idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà; e tuttocìò ragiona sopra un modello ideale dell'*ottimo civile*, il quale serve a lei norma alla scelta, all'ordinamento e ai paragoni delle leggi, e di criterio a tutta la filosofia civile; onde ella riesce una *storia*, una *filosofia*, ed una *teodicea* universale delle leggi del genere umano, una *dottrina dell'archetipo* e del *progresso delle umane società* » (ivi, p. 213, ed. cit., *supra*, nota 16). Per inciso, sembra quasi che l'Amari abbia avuto presente il testo delle Ist. giustiniane, 1, 2, 11, sugli *iura naturalia*, nel suo significato originario: v. GORLA, « *Iura naturalia sunt immutabilia* » etc., cit. *supra*, nota 7.

Nel « Proemio » dell'opera dell'Amari sono poi contenute interessanti notizie sul proliferare degli « studi legislativi comparativi » durante la prima metà del secolo XIX; a fronte dei quali tanto più avvertita si poneva l'esigenza di una loro organizzazione in « scienza »: « Parrà strano, eppure è vero: libri, cattedre, giornali e popolarità, tutto possiede lo studio delle legislazioni comparate, ma ancora non ha una definizione. Se poi ne cercate più esattamente il concetto, lo scopo, i metodi e i limiti, non troverete un solo tra i molti valentuomini che lo coltivano, che siasi mai affaticato a cercarli o insegnarli: cosicchè qui ci si presenta il fenomeno singolare di una scienza alla *moda*, che pure resta allo stato di ipotesi », (ivi, p. 35).

⁽¹⁸⁾ G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, Torino, 1909 (1ª ed. 1908) (saggio riproposto in lingua inglese in una versione dal titolo *Science of*

Una menzione meritano, inoltre, le « introduzioni generali » (o « sistematiche ») allo studio del diritto, o « enciclopedie giuridiche », che riprendevano l'omonimo modello tedesco; in alcune delle quali si poneva l'accento sul valore metodologico della comparazione a fini di progresso del diritto e della scienza giuridica nazionali, come ad esempio nell'*Introduzione allo studio del diritto o Enciclopedia giuridica* (1869) del Buonamici, o nell'*Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali* (1891) del Brugi⁽¹⁹⁾.

Un campo nel quale sia in Italia che altrove, durante il secolo XIX, operò la comparazione è stato quello del « diritto internazionale privato », per sua natura quasi uno *ius gentium*: laddove lo spirito del diritto comune si mantenne vivo attraverso la ricerca, appunto per via di comparazione, di principi comuni alla nazioni civili; ciò che da noi continuò anche dopo che il codice civile del 1865, nelle sue disposizioni preliminari, codificasse il diritto internazionale privato « italiano ». A proposito, comunque, di tale comparazione sono da ricordare le opere della c.d. « scuola napoletana » (di diritto internazionale privato) rappresentata da Nicola Rocco, Pasquale Stanislao Mancini e Pasquale Fiore⁽²⁰⁾.

Universal Comparative Law, in *Evolution of Law Series*, Boston, 1915, II, p. 61 ss.). Dello stesso autore possono altresì vedersi: *Sulla comunicabilità del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1938, p. 3 ss.; *L'unità dello spirito umano come base della comparazione giuridica*, *ibid.*, 1950, p. 431 ss.; e più di recente ancora, *Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit*, *ibid.*, 1960, p. 1 ss. Quanto ai risvolti « pratici » o, per meglio dire, di politica legislativa delle posizioni teoriche ivi espresse vale ricordare che il Del Vecchio, in occasione della riforma del codice civile, osteggiando quello che è poi divenuto l'attuale testo dell'art. 12, ult. cpv., disp. prel., relativo all'interpretazione dei casi dubbi, si pronunciò a favore del mantenimento della formula del vecchio codice e che già era stata del codice Albertino, sul presupposto che i « principi generali del diritto », ricercati mediante comparazione, costituiscono un patrimonio comune a cui è doveroso attingere in mancanza di soluzioni locali: *Riforma del codice civile e principi generali del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1937 (pp. 4-5 dell'estratto). In senso analogo, per una rilettura dell'art. citato nello spirito degli ordinamenti giuridici « aperti » o « comunicanti », v. GORLA, *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 22, § XIII, e *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale »* etc., cit., § II, sub D; nonché, per una ricostruzione storico-comparativa del testo e dei contenuti di quello stesso art., GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 (anche in *Diritto comparato e comune europeo*, cit., cap. 16).

⁽¹⁹⁾ In particolare quest'ultimo autore (il BRUGI, *op. cit.*, 4ª ed., 1907, pp. 308-309), nel prender le distanze dalle posizioni — per così dire — filosofico-speculative sulla natura della comparazione, insiste piuttosto su compiti e finalità d'importanza pratica dello « studio delle diverse legislazioni vigenti »: ad es., come « completamento del diritto internazionale privato e del diritto civile interno »; come « uno dei fattori della politica civile »; come « il mezzo di scoprire, col confronto dei sistemi giuridici paragonati fra loro, il fondo comune dei concetti e delle istituzioni che vi è latente, riunendo così un insieme di massime comuni a queste legislazioni »; per arrivare infine ad includervi il suggerimento che, onde « rimediare alla rigidità e manchevolezza dei moderni codici », « il giudice, dove tace la legge, s'ispiri al diritto comparato ».

⁽²⁰⁾ La figura e l'opera di questi giuristi hanno formato in particolare oggetto di un Convegno tenutosi (nel maggio del 1986) presso l'Università di Salerno sul tema « Europa-

Da ultimo, ma non per ultimo, una speciale citazione va fatta dell'iniziativa, consistente in una sorta di osservatorio di « diritto straniero e comparato », promossa negli anni dal 1874 al 1880 dalla *Giurisprudenza italiana*, mentre era sotto la direzione del Pacifici Mazzoni; iniziativa di interesse tanto maggiore data l'epoca in cui avveniva, ma rimasta pressoché sconosciuta almeno presso i cultori del diritto comparato, nonostante che essa si trovi annunciata nell'intitolazione stessa dell'opera ⁽²¹⁾.

Per riprendere e condurre a termine il filo delle considerazioni sopra svolte, c'è da aggiungere che già dall'inizio del secolo presente, in significativa coincidenza del resto con il I Congresso Internazionale di Diritto Comparato, tenutosi a Parigi nell'estate del 1900 ⁽²²⁾, la materia così denominata ha preso ad organizzarsi sempre più come branca « specialistica » degli studi giuridici, intenta a tracciare soprattutto le linee di divisione tra gli ordinamenti, raggruppandoli in differenti « famiglie ». Di pari passo si è quindi avuta una trasformazione dell'atteggiamento di fondo o modo di essere della comparazione, incline a ricercare le differenze, piuttosto che porre l'accento sulle concordanze, tra i vari diritti nazionali. Ma, ancora una volta, si tratta di sviluppi di cui riesce difficile comprendere il senso e la collocazione, senza aver ripercorso il cammino precedente ad essi.

In sintesi, il problema di una storia del « diritto comparato » sia in Italia che altrove nel mondo europeo (occidentale, e sue lontane propaggini), dai tempi moderni ai nostri giorni, e più precisamente fino agli anni '40 e '50 di questo secolo, investe due aspetti connessi. Da un lato, quello della continuità della tradizione del « diritto comune e comparato »; la quale, bensì scomparsa dal continente, sotto l'impatto del nazionalismo e positivismo giuridico, è

America nel diritto internazionale privato: precedenti storici e problemi attuali », i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

⁽²¹⁾ Eccone il testo: « *Giurisprudenza Italiana - Raccolta generale, periodica e critica di Giurisprudenza, Legislazione e Dottrina in materia Civile, Commerciale, Penale, Amministrativa e di Diritto Pubblico e Rivista di Giurisprudenza Straniera* » (corsivo aggiunto). A proposito di questa iniziativa e del suo fautore, il Pacifici Mazzoni che pure ebbe ad occuparsi allora di giurisprudenza inglese, beninteso assistito da « altri giureconsulti », v. GORLA, *Lo stile delle sentenze, ricerca storico-comparativa e testi commentati (Prima puntata)*, in *Quaderni del Foro it.*, 1968, *Testi commentati*, III, § 6.

⁽²²⁾ Gli Atti del Congresso parigino sono in *Congrès International de Droit Comparé* (Tenu a Paris du 31 juillet au 4 août 1900), 2 t., Paris, 1905-1907. Organizzato per iniziativa della *Société française de législation comparée* (fondata nel 1869), il Congresso aveva per scopo quello di « *chercher à fournir à la science du droit comparé une formule précise et une direction sûre, dont elle a besoin pour assurer son développement* » (t. 1, 7-8); ma v. *amplius* il *Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès* (a firma di R. Saleilles, *ivi*, p. 9 ss.). È altresì interessante notare che al primo punto del programma dei lavori, articolato per questioni, vi era — sotto il titolo *Théorie générale et méthode* — la questione riguardante la « *Conception générale et définition de la science du droit comparé* ». Significativo appare, per altro verso, il « salto terminologico » che si realizza con quel Congresso, per cui l'espressione ottocentesca « *legislazione comparata* » viene sostituita — appunto — da « *diritto comparato* ».

invece rimasta e tuttora rimane a caratterizzare per molti versi l'esperienza dei paesi di *common law* ⁽²³⁾. Dall'altro lato, quello del rapporto tra la tradizione stessa e successive fasi di sviluppo in materia di studi comparativi, a partire dalla metà circa del secolo scorso, con riguardo in particolare agli orientamenti che associavano la comparazione alla filosofia e teoria generale del diritto.

8. — Così arrivati ai giorni d'oggi, una conclusione che può trarsi è che la storia del « diritto comparato », quale si è cercato fin qui di tracciare, rappresenta in fondo un *punto di vista necessario* per comprendere la storia del « diritto » *tout court* nella sua dimensione « occidentale ». Di guisa che un rilievo particolare assumono, nella medesima prospettiva, i più recenti sviluppi di questa storia. In proposito è possibile osservare che l'attuale corso del diritto comparato o delle attività comparatistiche in genere presenta vari profili o si viene profilando con vari caratteri.

A. Il primo è che le attività comparatistiche, e relativi interessi, si estendono oramai anche ai paesi « non europei », cioè non facenti parte del mondo e della civiltà « occidentale »; con una conseguente estensione sul piano planetario delle attività stesse, in senso sia oggettivo, per quanto concerne temi e metodi nuovi introdotti negli studi comparativi, sia soggettivo, per quanto concerne la partecipazione a quelle attività di studiosi (giuristi) di ogni provenienza ⁽²⁴⁾.

B. Un secondo profilo o carattere è dato dal riemergere del « diritto comparato (in cerca) delle concordanze », ossia da una sorta di ricorso storico, svolgentesi tuttavia in un diverso (e nuovo) contesto culturale. È vero, infatti, che il « diritto comune e comparato » dei secoli XVI-XVIII (*supra*, par. 4) operava specialmente sul continente fra paesi e giuristi appartenenti ad un'unica tradizione, quella appunto del diritto romano-comune che rivestiva delle proprie « forme » (o categorie concettuali) il diritto vigente in ciascuno di quei paesi. Mentre l'attuale (ri)corso della comparazione in cerca delle concordanze si estende, anzitutto, ai rapporti tra (paesi di) *civil law* e (paesi di) *common law*. Ed è proprio nel « dialogo *civil law-common law* » che tale comparazione ha fatto le sue prime e più difficili prove, alla scoperta di una nuova dimensione entro cui collocare, storicamente, i rapporti tra queste due

⁽²³⁾ Sul punto v. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., § II, sub B; MOCCIA, *Glossario per uno studio della « Common Law »*, cit., s.v. *Common Law*, § 1.

⁽²⁴⁾ Sul punto, v. *amplius* GORLA, *Il diritto comparato e nel « mondo occidentale » etc.*, cit., §§ IV e IX; nonché Gy. EÖRSI, *Comparative Civil (Private) Law*, Budapest, 1979, p. 17 ss.; I. ZAJTAY, *Reflexions sur l'évolution du droit comparé*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 598.

massime tradizioni giuridiche europee (occidentali) ⁽²⁵⁾. Ma la ricerca delle concordanze (sostanziali, dietro le differenze formali) tra i diritti di vari paesi è andata al di là dei rapporti *civil law-common law*, estendendosi nella misura dell'espansione degli studi comparativi sul piano planetario, epperò incontrandovi altre e più gravi difficoltà determinate da quella stessa espansione a paesi di civiltà, ideologie, e condizioni socio-economiche assai diverse. Inoltre, un aspetto particolare di questo nuovo diritto comparato (in cerca) delle concordanze è costituito dalla formazione e dallo sviluppo di enti od organismi in genere operanti a livello internazionale per l'unificazione, uniformazione o, almeno, l'armonizzazione dei diritti di vari paesi in certi campi, mediante lo studio e l'approntamento di progetti di testi di convenzioni internazionali per la disciplina comune di taluni istituti, od altre iniziative ugualmente miranti alla realizzazione di obiettivi comuni. Si può ricordare, un po' come capostipite di questi organismi, in attività dal 1926, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (*Unidroit*); nonché, istituita nel 1965, la Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale (*Uncitral*) ⁽²⁶⁾. Invero, quello del commercio internazionale è il settore dove sono stati compiuti passi notevoli nel senso dell'adozione di regole comuni od uniformi: onde si parla, in tal senso, di una nuova *lex mercatoria* ⁽²⁷⁾.

C. Il panorama degli odierni studi comparativi, sia in Italia che altrove, risulta ancora pervaso dal problema del metodo o dei metodi e degli scopi della comparazione ⁽²⁸⁾. Tale problema nasce storicamente, come s'è visto, in stretto rapporto con l'altro della fondazione del diritto comparato quale branca autonoma del sapere giuridico; e parallelamente, del resto, all'infittirsi della schiera di cultori di questa materia, a loro volta impegnati nel definire e distinguere in termini « specialistici » la propria attività ed il proprio campo di ricerca ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Rileva in proposito il tema già richiamato del « *revisting* », su cui v. GORLA-MOCCIA, A « *Revisiting* » of the Comparison between « *Continental law* » and « *English law* », cit., *supra*, nota 2.

⁽²⁶⁾ Tra gli anni '50 e '60 di questo secolo si è avuta — come è noto — una notevole crescita di organismi del genere (più di una decina): alcuni nati sotto l'egida delle Nazioni Unite; altri previsti nell'ambito di accordi regionali internazionali. Fra questi ultimi meritano naturalmente di essere ricordate le Comunità europee.

⁽²⁷⁾ Sull'argomento v. *amplius* GORLA, *Il diritto comune alle nazioni e l'emblema Unidroit*, cit., *supra*, nota 12. A proposito della *lex mercatoria* dei secoli passati (XVI-XVIII) si rinvia a quanto detto in precedenza, par. 5.

⁽²⁸⁾ GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel « mondo occidentale » etc.* cit., § V.

⁽²⁹⁾ La preoccupazione di definire i metodi e gli scopi del diritto comparato esplode, per così dire, con il Congresso di Parigi del 1900 (v. *supra*, nota 22), per questo considerato un po' come l'« atto di nascita » del diritto comparato moderno: I. ZAJTAY, *op. loc. cit.*, p. 597. Sennonché una medesima preoccupazione si affacciò alla ribalta degli studi comparativi già verso la metà del secolo scorso con l'opera dell'Amari (*supra*, nota 17).

D. Un altro motivo saliente dell'attività dei comparatisti consiste oggi, certamente in misura più accentuata (sostanziale e professionale) che non in passato, nell'individuazione delle « ragioni » di differenze o somiglianze tra i diritti messi a raffronto. Al di là, cioè, del dato normativo, anzi per meglio comprenderlo, si guarda a seconda dei casi ora al « sistema giuridico » (nel significato di cui *infra*, *sub E*) entro il quale si inquadrano norme ed istituti; ora alla storia del diritto dei paesi considerati; ora alle condizioni socio-economiche, politiche e *lato sensu* culturali dei paesi medesimi. In tal senso, la ricerca dei « substrati », come suol dirsi, a base delle differenze o somiglianze tra ordinamenti, se ha segnato il definitivo distacco dell'indagine comparativa dalla filosofia e teoria generale del diritto, ha poi determinato il sorgere di rapporti problematici della comparazione con altre discipline, quali la sociologia giuridica, l'economia, la politologia, l'etnologia e la storia del diritto ⁽³⁰⁾.

E. Una delle vie lungo le quali la comparazione è avanzata, dal lato anche della sua diffusione didattica, è stata quella della « tipologia » dei diritti nazionali, distinti e classificati con riferimento, oltre che alla componente normativa — intesa piuttosto come una semplice variabile —, ad un insieme di fattori, giusta la categoria di « sistema giuridico » (*système juridique* o *de droit, legal system*) o « famiglia di diritto » (*famille de droit*). Questa categoria, elaborata agli inizi del secolo, ha trovato in seguito larga accoglienza (nonostante alcune voci dissenzienti) ⁽³¹⁾. Essa si basa su una serie di tratti (o componenti strutturali) che, pur non appartenendo al mondo del « giuridico » come mondo di norme, nemmeno ne sono estranei; ma vi si affiancano, donde la denominazione loro complessivamente attribuibile di « paragiuridi-

⁽³⁰⁾ Su tutto ciò v. *amplius* GORLA, *Diritto comparato e straniero*, cit., *supra*, nota 6, § 2.3., *sub b*.

⁽³¹⁾ Il nome-concetto di « sistema giuridico » usato in senso comparativo fece la sua apparizione nei lavori del Congresso parigino più volte ricordato, a cui risalgono i primi tentativi di classificazione tipologica dei diritti nazionali, come osserva, ad es., M. ANCEL, *Le comparatiste devant les systèmes (ou « familles ») de droit*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, p. 356. Ma questo stesso autore aggiunge che: « Vers 1925, la notion de système juridique s'impose d'autant plus que les comparatistes « continentaux » [...] découvrent, pourrait-on dire, le système de Common Law ». Negli anni '20 vedono la luce due opere incentrate su quel concetto (LEVY-ULMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928; J.H. WIGMORE, *A Panorama of the World Legal Systems*, 1928). Dopo la seconda guerra mondiale, con l'espansione degli studi comparativi a paesi i cui ordinamenti si differenziano profondamente dal modello « occidentale », come gli ordinamenti dei paesi socialisti, quelli dei paesi musulmani ed altri ancora, si è avuto il definitivo consolidamento del concetto di « sistema giuridico », che ha da allora assunto un rilievo centrale nell'ambito di tali studi. Sempre secondo M. ANCEL, *op. loc. cit.*, p. 357: « l'étude comparative va désormais dépasser le stade, non seulement de la juxtaposition des normes légales, comme au XIXe siècle, mais de la « comparaison systématique des institutions juridiques », comme dans la première moitié du XXe siècle, pour s'attacher à l'étude et à la délimitation des grandes « familles de droit » ». Sui tratti distintivi di queste grandi « famiglie (sistemi) di diritto » v. il concetto di « paragiuridico » *infra* nel testo e alla nota seguente.

co », nella posizione di elementi influenti sul corpo normativo proprio di ciascun ordinamento e sulla sua configurazione ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Per una più ampia esposizione al riguardo v. CORLA, voce *Diritto comparato e straniero*, cit., § 2.4., dove tra gli elementi costituenti il « paragiuridico » si individuano i seguenti: « i modi del pensiero giuridico (casistico, sistematico, concettualistico); i modi di interpretazione del diritto non stabiliti da norme giuridiche; i modi di insegnamento del diritto; i modi di formazione di giudici, avvocati, amministratori pubblici e le loro figure tipiche; il funzionamento (di fatto) delle relative professioni, della giustizia e dell'amministrazione pubblica; lo « stile » delle leggi, delle sentenze e delle opere dottrinali ed i tipi di queste; le fonti di cognizione del diritto ed il loro funzionamento (raccolte di leggi e di giurisprudenza, repertori); i rapporti di fatto tra i vari fattori del diritto, legislazione (legislatori), giurisprudenza (giudici) e dottrina (scrittori), e la prevalenza quantitativa e come autorità di fatto di alcuno od alcuni di essi; il valore di fatto del precedente giudiziale, nonché i modi di massimare le sentenze e l'uso delle massime nel Foro ». In particolare, sull'importanza dei precetti deontologici e — *lato sensu* — dell'etica professionale come uno degli aspetti del « paragiuridico », v. CORLA, *Note a margine di un « codice deontologico forense »*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 500 ss.