

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Massimo Brutti

Sulla convergenza tra studio storico e comparazione
giuridica | 49–79



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica

1. Storicismo e unificazione del diritto

L'obiettivo fondamentale della comparazione giuridica è la ricerca di un legame teorico tra i diritti posti a confronto. Ciò avviene attraverso la messa a fuoco delle condizioni di traducibilità di un linguaggio in uno o più linguaggi diversi: quindi individuando un campo discorsivo riferibile a più situazioni, entro cui possano impiegarsi nozioni comuni.

Il medesimo obiettivo è perseguito dalla storiografia giuridica. Il legame che questa definisce è tra il presente e il passato o tra esperienze contemporanee di cui si esaminano le particolarità e il divenire. Anche qui si svolge un discorso che mette in relazione realtà eterogenee.

La connessione tra immagini differenti può essere pensata come un presupposto dell'osservazione e dello studio o come un prodotto realizzato attraverso l'analisi delle particolarità e la costruzione di concetti capaci di tenerle assieme. Nel primo caso si scoprirà un sostrato comune nelle esperienze prese in esame: una razionalità da esse condivisa o un'origine storica che spiega la somiglianza dei loro tratti costitutivi. Nel secondo caso sarà l'elaborazione teorica a creare *ex novo* un metalinguaggio, in grado di comprendere e confrontare le individualità.

Mi propongo di esaminare, in queste pagine, alcuni casi di convergenza tra studio storico e comparazione. Il punto di partenza è il pensiero dell'Ottocento. La messa a fuoco delle differenze giuridiche che segnano le esperienze nazionali e dei raccordi che le legano nasce nel cuore dello storicismo antirivoluzionario.¹ Diviene poi oggetto e ragion d'essere delle ricerche comparativistiche.

¹ Intendo – ora e più avanti – il termine “storicismo” con riferimento alla Scuola storica tedesca e all'insieme delle dottrine che collegano tradizione e sistema del diritto privato.

L'incontro fra lo studio delle particolarità e la ricerca di tratti comuni a più esperienze segna profondamente il pensiero giuridico degli ultimi due secoli. Dagli studi comparativi nascono disegni di armonizzazione: strategie riguardanti diritti diversi che coesistono ed entrano reciprocamente in contatto.

Il tema della formazione dei diritti positivi e l'idea che essi derivino dallo spirito di ciascun popolo sono al centro delle dottrine tedesche. Si considera di solito Friedrich Carl von Savigny come il teorico più conseguente dell'autosufficienza di ogni diritto radicato in una storia. Le forme giuridiche nate dalla società appartengono al popolo e alla costruzione della nazione.

Ma nel pensiero savigniano non vi è soltanto il nesso tra diritto e nazione. Emerge anche una tendenza che supera l'orizzonte delle singole comunità: un'aspirazione al cosmopolitismo, all'estendersi di regole e valori al di sopra dei confini politici. Lo vediamo nel primo volume della sua trattazione sistematica (pubblicato nel 1840).²

Per andare oltre i limiti della coscienza popolare di una specifica comunità, da cui nascono le prescrizioni, e per incontrare altri popoli, il diritto dev'essere pensato come trasmissibile. Savigny dà per scontata questa possibilità di spostamento: raccontare la storia del diritto significa descrivere il passaggio di forme giuridiche da un'epoca all'altra. Se la tradizione giuridica si stabilisce attraverso mutamenti (sia pure gradualmente e senza scosse), ciò significa che (in maggiore o minor misura) il diritto conquista un'autonomia rispetto alla vita da cui nasce. Perciò si tramanda attraverso le generazioni. Ebbene, l'indipendenza del dato giuridico (*Unabhängigkeit des Rechts*) può far sì che le regole sorte da un popolo possano ritrovarsi anche in altri.

Assistiamo così alla riappropriazione (sia pure parziale) di idee giusnaturalistiche, nell'ambito di una dottrina – quella savigniana – che intende privilegiare la storia rispetto alle astrazioni.

Questa nostra opinione, che riconosce in ciascun popolo il creatore e il soggetto del diritto positivo od effettivo, potrà forse sembrare troppo limitata a coloro i quali siano propensi ad attribuire quella creazione allo spirito universale dell'umanità piuttosto che allo spirito particolare di ciascun popolo. Ma ad una considerazione più esatta queste due opinioni si dimostrano non del tutto contrastanti. Quello che

Cfr. SOLARI (1915–16). Fin dall'origine è evidente l'ostilità ai principi emersi nella Rivoluzione francese.

2 VON SAVIGNY (1840) 19 ss., trad. it. (1886) 46 ss.

opera in ciascun popolo è soltanto lo spirito comune dell'umanità, che in esso si manifesta con una maniera individuale.

Ogni diritto effettivo (raffigurato secondo schemi di origine romantica) rivela « una generale tendenza umana e non l'arbitrio proprio di alcuni particolari popoli ». Savigny intravede una correlazione simile nel concetto romano di *ius gentium*: da un lato gli istituti del diritto civile, dall'altro quelli stranieri. Attraverso l'accostamento e il confronto si scoprono e si creano i tratti costitutivi del diritto comune (*allgemeines Recht*).³

La nozione ha alle spalle una lunga storia. Per lo meno a partire dal Seicento, con il sintagma *ius commune* si indica un complesso di costruzioni giuridiche elaborate dalla scienza su basi romanistiche. L'ossequio alla compilazione giustiniana è ormai infranto. I modelli antichi vengono evocati e ripensati, per fondare un impianto teorico moderno, applicabile a norme molteplici, che i giuristi coordinano e combinano. Così la modernità «cita» il diritto romano, dando ad esso nuovi significati e assumendolo come un insieme capace di comprendere ed unificare le forme diverse del passato e del presente. Un insieme, che ha la caratteristica di essere sovranazionale e di orientare gli *iura propria*.⁴

L'idea di un incontro, di una composizione che fa convergere più esperienze entro un tutto organico, non è solo nell'opera matura di Savigny, ma

3 VON SAVIGNY (1840) 110 ss., trad. it. (1886) 126 ss. La « comparazione tra il diritto civile romano e quello di altri popoli » è legata all'accresciuto commercio con gli stranieri. Il sistema include la descrizione della storia romana. L'antichità è un punto di riferimento per il diritto del presente.

4 Ad esso si riferisce il giurista olandese Arnold Vinnen in alcune formulazioni risalenti al 1642. « Oggi il diritto civile dei romani è osservato all'incirca in tutta l'Europa come una specie di diritto comune delle genti (*quasi gentium quoddam ius commune*), in particolare nelle situazioni per le quali manchino specifiche leggi o consuetudini. Ma alla norma di questo diritto (*ad huius iuris normam*) si indirizza anche l'interpretazione di ogni costituzione e consuetudine che non sia manifestamente in contrasto con essa; tuttavia, se vi è un contrasto di fronte ad una fattispecie ambigua, costruzioni e consuetudini si adattano ad un medesimo criterio di equità e la loro applicazione viene circoscritta in modo tale da allontanarsi il meno possibile da questo diritto comune ». Con l'espressione *ius civile Romanorum* si intende una costruzione dei giuristi che lavorano sulle fonti antiche: è questa tradizione che diviene *norma iuris* per l'intera Europa. Cfr. VINNII (1767) 17. Uno schema pressoché identico è in DUCK (1678), citato da CANNATA (2011) 443 ss. Duck afferma la provenienza del diritto naturale (con cui lo *ius commune* si identifica) dal diritto romano.

emerge già dai primi scritti. Durante gli anni in cui Napoleone viene sconfitto, sorge la Scuola storica tedesca ed applica alla realtà giuridica della Germania l'idea di un insieme prescrittivo prodotto dalla scienza, tale da rendere unitario e certo il diritto nazionale. Con il Congresso di Vienna, gli Stati tedeschi si riducono a trentanove (prima erano trecentosessanta). Sono entità territoriali sovrane, con diritti dissimili, riunite nella Confederazione germanica. Tra loro la Prussia ha un ruolo politico preponderante. Hegel aveva sottolineato, agli inizi del secolo, in un momento di particolare difficoltà per i popoli tedeschi di fronte all'offensiva francese, il pericolo dell'anarchia insito in questo pluralismo politico e giuridico.⁵ Durante gli anni della restaurazione, gli inconvenienti della frammentazione rimangono.

Nel primo Savigny – in particolare negli scritti programmatici del biennio 1814–1815 – il diritto comune è inteso come un bilanciamento alla frammentazione; non si riferisce a nazioni diverse, ma è interno alla nazione tedesca: è un mezzo di composizione del pluralismo. Egli esalta il ruolo di armonizzazione che svolge la scienza, nella diversità dei dati normativi particolari, e mette in luce la sicurezza dei suoi procedimenti, legati al modello di un pensiero giuridico rigoroso, che ha l'esattezza del calcolo. Da questo nascerà il "sistema del diritto romano attuale": base delle dottrine pandettistiche.

Per riformare il diritto tenendo conto della sua storia (che è il primo obiettivo perseguito), la sola via è affidarsi all'opera dei giuristi. La loro egemonia deriverà dalla capacità di tenere insieme le regole differenti, di connetterle ai principi ricavati dalla lettura della tradizione, facendo cadere ciò che è in contrasto con l'impianto sistematico costruito a partire dalle fonti romane. Questo è il programma e l'opera matura di Savigny lo svilupperà coerentemente.

Egli respinge nel 1814 la proposta volta a seguire in Germania l'esempio francese della codificazione. In questa direzione si muove invece Anton Friedrich Justus Thibaut, che sostiene la necessità dell'unificazione legislativa: un nuovo ordine capace di superare sia le normazioni speciali o consuetudinarie, sia il diritto romano. Il codice è chiamato a sostituire radicalmente i diritti anteriori. È una prospettiva illuministica e Savigny, portavoce di un pensiero anti-rivoluzionario, la respinge. Si può dire che nella certezza da

5 HEGEL (1799–1802, trad. it. 1997) 3 ss.

perseguire con la codificazione, nella illusoria fissità che questa determina, il fondatore della Scuola storica veda il rischio di spezzare il rapporto tra « elemento politico » ed « elemento tecnico ». ⁶ È un difficile equilibrio per cui la scienza, anche nelle astrazioni più elevate, deriva comunque dalla vita complessiva del popolo ed ha radici nel suo passato.

Tuttavia anch'egli avverte l'esigenza di un nuovo ordine. Sostiene che debbano essere i giuristi a guidare il processo graduale di avvicinamento e di fusione dei materiali normativi esistenti, entro l'alveo teorico del sistema.

La mappa del diritto vigente nei territori tedeschi è variegata: dal Codice austriaco all'*Allgemeines Landrecht* prussiano, allo stesso *Code civil*, che si applica in Alsazia e in Lorena; e vi sono spazi entro i quali si amministra la giustizia direttamente in base allo *ius commune*: vale a dire secondo la tradizione che la cultura giuridica europeo-continentale ha costruito nel tempo, lavorando sui testi normativi del *Corpus iuris* giustiniano.

In questo quadro multiforme, Savigny consegna alla scienza il compito di conciliare le diversità e costruire l'unità giuridica.

Per quanto riguarda anzitutto la fonte del diritto, che è proprio la funzione a cui il nuovo codice da introdurre dovrebbe essere destinato, bisognerebbe a mio parere restaurare al posto del codice francese, o mantenere, dove questo non abbia dominato, quella connessione tra diritto comune e diritti locali che prevaleva un tempo in tutta la Germania: questa fonte di diritto io la considero sufficiente, anzi eccellente, se appena la scienza giuridica fa quello che è di sua competenza e che solo essa può fare. ⁷

La « connessione » (*Verbindung*) è tutta giocata sui rapporti che i giuristi costruiscono tra molteplicità e schemi unificanti. Si tratta ogni volta di scoprire identità particolari, di escludere quelle non componibili entro il sistema, per fissare invece un dispositivo unico, razionalizzando i particolari in funzione di categorie e principi generali.

L'operazione non può compiersi se non affondando lo sguardo nella storia e procedendo ad un lavoro selettivo sui diritti vigenti.

Dunque ciò che secondo questa opinione deve rendere veramente utili e immuni da censura come fonti del diritto il diritto comune e i diritti locali, è il rigoroso metodo storico della scienza giuridica. Il carattere di tale metodo non consiste, come hanno detto inconcepibilmente alcuni moderni oppositori, nell'esaltazione esclusiva del diritto romano, né nel pretendere la conservazione incondizionata di un dato mate-

6 VON SAVIGNY (1814, 2. ed., 1828, trad. it. 1982) 100 s.

7 VON SAVIGNY (1814) 164.

riale ... Tale metodo si pone piuttosto l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprirne così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia.⁸

La costruzione del diritto vitale, così ottenuta, serve al presente: presuppone il confronto e l'adattamento delle norme, entro i paradigmi concettuali del diritto romano.⁹ Dalla rilettura delle fonti antiche nascono i principi e i concetti per interpretare unitariamente le norme esistenti e comporre gradualmente le diversità.

2.. Gli schemi invariati

In uno scritto del 1814, Christian Gottlieb Haubold identifica l'*ordo systematicus* con la *dogmatica*.¹⁰ È una coincidenza di nozioni che domina il pensiero della Scuola storica e che influenza fortemente gli studi romanistici fra Ottocento e Novecento. Muovendo da questi, l'immagine della dogmatica come concettualizzazione da un lato necessaria in ogni descrizione del diritto, dall'altro capace di trascendere le singole esperienze, diviene patrimonio scontato prima della civilistica, poi di altre discipline giuridiche.

Secondo il punto di vista dogmatico, ogni discorso sulle norme da applicare, come ogni narrazione circa il loro divenire, presuppone una struttura essenziale, che dura nel tempo e si rivela attraverso un insieme di concetti, assunti dall'osservatore come invariati. Categorie che vengono prima del discorso sui diritti concreti e che lo reggono teoricamente. La rielaborazione dello *ius civile Romanorum* pensato come sistema è la fonte principale delle nozioni impiegate.

Il racconto dei mutamenti viene spesso definito « storia dei dogmi », con una locuzione presa in prestito dal linguaggio teologico, ampiamente impiegata nella scienza tedesca dell'Ottocento e recepita in Italia.¹¹ L'idea che il diritto possa essere ridotto ad un complesso di dogmi, che questi diventino

8 VON SAVIGNY (1814) 168 s.

9 *Ibidem*: « Il diritto romano ... ha oltre all'importanza storica anche il pregio di poter servire per la sua alta perfezione come esempio e modello per i nostri lavori scientifici ».

10 HAUBOLD, (1814, 2. ed. 1826) 16 ss.

11 Vedi HAGENBACH (1857); VON HARNACK (1886-1890): si tratta di studi legati al luteranesimo tedesco. Qui la dimensione storica introduce un bilanciamento alla fissità del sistema teologico. Al contrario, nel campo del diritto, si ha un procedimento inverso, che attri-

oggetto e strumento di descrizione, dilagherà nelle dottrine novecentesche e si può dire che goda ancora oggi di largo credito. Essa è fonte di sicurezza e sottintende il primato dei giuristi, la loro funzione direttiva, che può essere esercitata solo in quanto vadano d'accordo tra loro (come detentori di un metodo neutrale) e siano custodi delle ideologie dominanti. La dogmatica crea un terreno di incontro per questi intellettuali addetti alle regole, che nella formulazione dei concetti fondamentali si tengono lontani da scelte politiche dichiarate e da ogni potenzialità conflittuale del lavoro teorico.¹²

buisce ai concetti un carattere di indiscutibilità, come se essi sovrapponessero alle forme concrete del diritto la costruzione di principi e idee staccati dalla realtà, ma capaci di governarla dall'alto della propria generalità ed astrattezza: una specie di «sopramondo». Questo è l'appellativo usato da PARESE (1964) 7 ss. L'accostamento tra gli enunciati del diritto e i postulati di una religione positiva ha una forte presa sui giuristi. Cfr. in proposito DEN TEX (1839) 520 ss.: «Dogmatum nomina, cum in theologia, tum in iuris disciplina, intelleguntur ipsa placita, quae iuncta integram doctrinam efficiunt». La *doctrina integra* equivale alla totalità savigniana, che, nella civilistica italiana, Vittorio Scialoja porrà a base della nozione di «diritto positivo».

- 12 Vedi ORESTANO (1987) 288; GALGANO (2010) 7 ss., spec. 11. Il tema della indiscutibilità e della astoricità dei dogmi (impermeabili a qualsiasi esplicito discorso di politica del diritto) è già in ORESTANO (1961, rist. 1963) 244 s. (queste pagine non sono riprodotte nel testo, profondamente rimaneggiato, dell'*Introduzione* edita nel 1987). In senso contrario occorre ricordare la difesa della funzione ordinante e selettiva delle astrazioni denominate «dogmi» proposta da LUHMANN (1974, trad. it. 1978) 43 ss. Il significato che attribuisce al termine proveniente dal linguaggio teologico è coerente con il pensare sistematico (si veda anzitutto Savigny). Luhmann muove dall'opinione diffusa che considera arbitrarie le proposizioni giuridiche sottratte alla critica ed assunte come incontrovertibili, ma capovolge questo punto di vista, affermando la necessità di una scienza giuridica che si distacchi dalle norme e che approdi ad un universo concettuale sicuro del proprio ordine interno. Solo attraverso le astrazioni si conquista – a suo avviso – un'autonomia dell'interpretazione: «Secondo il modo usuale di intendere il concetto di dogmatica, la caratteristica più importante di un tale concetto è il *divieto di negazione*, la non-negabilità dei punti di partenza di catene argomentative. Tali punti di partenza restano sottratti alla critica ... I sociologi ... sanno bene che nella vita sociale non esiste qualcosa che sia "di per sé arbitrario" e sanno inoltre che l'intera comunicazione umana presuppone degli elementi "non negabili". Muovendo dalla prospettiva sociologica, il problema può essere, quindi, semplicemente il seguente: "A quale livello, a quale grado di astrazione vengono collocati gli elementi non negabili allorché ad essi viene data la forma di una dogmatica? E su quali divieti di negazione introdotti e stabiliti socialmente, poggiano tali elementi?" ... La funzione positiva delle dogmatiche dovrebbe risiedere nel fatto che, attraverso il modo di organizzare i divieti di negazione, lo sfruttamento di testi e di esperienze viene portato al livello di flessibilità che è di volta in volta necessario». Dunque il giurista flette le

Gustav Hugo usa (nel 1791) il termine *Dogmatik* come equivalente di *didactica* e come spiegazione del diritto, traducendo brani tratti dalla *Nova methodus* di Leibniz.¹³ L'insegnamento appare come il luogo delle certezze.

norme attraverso i dogmi. È un'immagine congeniale al primato della scienza che caratterizza a lungo l'esperienza tedesca. Per mio conto, non riesco a non vedere un'impronta autoritaria nel « divieto di negazione ». I punti di partenza di catene argomentative non possono infatti smentire il principio di giustificazione (che governa la teoria dell'argomentazione). Non si fondano – io credo – su un comando né su un postulato sottratto alla discussione, ma soltanto su premesse da giustificare in base ad enunciati ragionevoli e in base ad un assenso, che può anche non essere unanime e può collocarsi all'interno di situazioni conflittuali. Che cosa significa che i divieti di negazione sono stabiliti socialmente? Mi sembra forte il rischio che la dogmatica si risolva in un conformismo della scienza, in una interpretazione univoca, secondo le vedute sociali (le ideologie e gli interessi) dominanti. È facile infine comprendere quale effetto distorsivo possano produrre i dogmi, così concepiti, quando diventano cornice e referente del racconto storico. Se – come io penso – i concetti giuridici considerati non negabili sono il riflesso di una scelta ideologica (i « divieti di negazione stabiliti socialmente »), è evidente l'autoproiezione che ne deriva e che preclude una storiografia individualizzante (anche rispetto al presente), in grado di mettere a fuoco i conflitti o capace di cogliere le discontinuità che allontanano da noi il passato.

- 13 La traduzione di Hugo è nella rivista *Civilistisches Magazin*, 1, 1791, 23 ss. Vedi LEIBNIZ (1667, ripubbl. 169 e 1930). Ricordo che nella *Critica della ragion pura* Kant tratta il dogma come un insegnamento che va al di là dei giudizi analitici ed ha a che fare con l'esperienza; è un suo presupposto e trova in essa la sua prova. Questa idea trova un riscontro nel pensiero giuridico, ove i dogmi appaiono come aspetti costitutivi del diritto. Cfr. ORESTANO (1987) 283 ss., spec. 287 (segnala i primi usi giuridici medievali ed umanistici e poi il collegamento con lo studio storico tra Settecento ed Ottocento). Nel pensiero savigniano può vedersi una compiuta espressione del rapporto biunivoco tra dogma e sistema: tra i principi concepiti come storici e le vicende nelle quali sono coinvolti. La loro connessione può trasformarsi nel tempo, eppure si mantiene fedele a se stessa. È un ordine entro il quale viene pensata la storia del diritto. Il giurista, per quanti strumenti filologici e memorie del passato possa attivare, non esce da questo ordine. Il fondatore della Scuola storica applica la metafora del calcolo ai concetti giuridici. Echeggia motivi kantiani ed anticipa tendenze matematizzanti della pandettistica (ma ricordo che spunti in questo senso già erano in Leibniz). Cfr. SAVIGNY (1814, II ed. 1828, trad. it. 1982), 196s.: « In ogni triangolo vi sono certi dati dal cui rapporto derivano contemporaneamente e necessariamente tutti gli altri: il triangolo è dato da essi, ad esempio da due lati e dall'angolo compreso. Analogamente ogni parte del nostro diritto contiene elementi dai quali derivano gli altri: possiamo chiamarli i principi fondamentali. Individuare tali principi e partendo da essi cogliere l'intimo rapporto e il genere di relazione che unisce tutti i concetti e i principi giuridici, è compito tra i più difficili della nostra scienza, anzi è proprio quello che dà carattere scientifico al nostro lavoro ». Aggiungo che per Savigny i principi vengono dalla tradizione.

I dogmi sono proposizioni linguistiche o categorie riassuntive di proposizioni linguistiche, legate all'idea di autorità o a quella di ragione. Essi governano le narrazioni giuridiche. Le ancorano ad un ordine definibile al di fuori ed indipendentemente dalle varie situazioni storiche. Le singolarità e le possibili innovazioni si immaginano tutte interne ai dogmi, momenti di uno sviluppo.¹⁴ Quindi, la portata del particolare e delle spinte contraddittorie che muovono la prassi si cancella o è fortemente attenuata.

Il sinonimo più debole di dogmi è « istituti »: termine che ha un posto centrale nella trattazione di Savigny. Esso sembra riferirsi con maggiore immediatezza all'essere, alla realtà del diritto, ma nel discorso giuridico si traduce – al pari dei dogmi – in proposizioni e in categorie teoriche stabili.¹⁵

La conquista di una separazione (sia pure relativa) dell'elemento tecnico dall'elemento politico permette di rielaborare i materiali normativi antichi, destoricizzandoli e piegandoli al presente. Del resto essi, in quanto parte della tradizione, comunicano con la coscienza popolare. Non se ne distaccano, sebbene possano trasmigrare verso altri popoli.

La dogmatica nasce civilistica, ruota attorno ai diritti soggettivi: agli idoli della proprietà e del mercato, ma supera presto i confini originari. I fondatori del diritto pubblico tedesco esplicitamente segnalano il trasferimento degli schemi privatistici entro lo *Staatsrecht*.¹⁶ Anche qui la scienza costruisce una rete di concetti tecnici, dei quali predica la verità (cioè la funzione cognitiva) e che sono tali da garantire una raffigurazione spolticizzata dei meccanismi statuali. In questa prospettiva, lo Stato rassomiglia al mercato: si tenta di definirne le forme *a priori* rispetto all'esperienza.

14 La nozione di « sviluppo » (*Entwicklung*) presuppone un referente, un soggetto: un complesso logico di categorie reciprocamente correlate, delle quali si predica il divenire; ma non è mai un divenire che sovverte i modelli del passato.

15 VON SAVIGNY (1840) 9 ss., trad. it. 38 ss. Cfr. il riferimento a « tutto il complesso dei rapporti storici e dogmatici », *ibidem*, 215, trad. it., 223.

16 Von GERBER (1852) 36 s., (trad. it., 1971) 34 s. (Il volume italiano comprende due traduzioni: quella dello scritto del 1852 e quella di un lavoro successivo: *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden 1880): « Zunächst ist es das ganz Formelle, die juristische Construction, welche das Staatsrecht vom Privatrechte entlehnt. Die ganze Summe allgemeiner juristischer Begriffe, welche im Privatrechte in ihrer Einfachheit und ursprünglichen Reinheit zergliedert werden, braucht auch das Staatsrecht, und zwar in ganz gleicher Weise ». Su questa prospettiva e sulla convergenza Gerber-Laband restano illuminanti le pagine di WILHELM (1958, trad. it., 1974) 143 ss. (con richiamo agli scritti più significativi).

Kelsen spiegherà nel 1933, a proposito della nozione di diritto soggettivo, quale sia il senso e la finalità dell'*a priori* giuridico: esso serve a legittimare e a perpetuare strutture concrete del diritto e della vita sociale.¹⁷ Lo schema ideale dello *ius* riferito al soggetto libero, sottratto ai vincoli feudali – quello che Grozio aveva chiamato *qualitas moralis*, il privato che precede le leggi ed è insito nella natura – serve ad affermare l'intangibilità della proprietà privata. L'ordinamento non può osare sopprimerla. La libertà di avere e di disporre e le norme piegate a tale libertà, tendenzialmente universale, si rassomigliano in tutte le « nazionalità che la comune religione cristiana aveva riunito », per usare le parole con le quali Savigny fissa l'ambito spaziale a cui si applica il sistema civilistico.¹⁸

È proprio il maestro della Scuola storica tedesca a prevedere realisticamente, nel 1840, quali siano entro la dimensione pratica dei rapporti sociali gli effetti che seguono alla universalizzazione del privato. Cadono gradualmente i residui delle società premoderne. Si afferma un modello di distribuzione dei beni che prevede « proprietà privata e godimento privato, dipendente dalle libere contrattazioni o da eventi naturali riconosciuti dal diritto positivo » (la prima causa, lo scambio libero, è evidentemente quella di maggiore peso e rilievo). Savigny coglie il nesso tra l'assoluta libertà economica dei privati e la disuguaglianza.

Questa forma, predominante dappertutto, è la sola con cui noi abbiamo a che fare nel diritto privato. Su ciò riposa il concetto della proprietà, il cui pieno riconoscimento ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti.¹⁹

La proprietà privata, come la libertà di comprare e vendere beni (tra cui la forza lavoro) è un istituto. Non solo un insieme di regole, ma un dato della realtà, una struttura dei rapporti sociali: un segmento di natura, che si riversa nel diritto civile. Un dogma che si appropria dell'esperienza.

Il diritto romano resta sullo sfondo: è un forte (persuasivo) fattore legittimante dell'assetto proprietario moderno, che ha nell'assolutezza del *dominium* il proprio emblema.

17 KELSEN (1933) 121 ss. Il saggio uscirà un anno dopo a Vienna, nella versione tedesca.

18 VON SAVIGNY (1840) 80, trad. it. 100 s.

19 VON SAVIGNY (1840) 369, trad. it. 368 s.

3. Comparazione e trapianti

Il rapporto fra comparazione e storia emerge con nettezza nel pensiero giuridico francese all'inizio del nuovo secolo. Scrivendo sul diritto comparato, in una vasta trattazione pubblicata nel 1903, Eduard Lambert richiama l'esperienza tedesca dell'Ottocento, mettendo in luce le combinazioni normative e il confronto tra norme difformi, su cui Savigny si era soffermato. Quel che gli interessa è la via tedesca alla codificazione: il retroterra del *BGB*.

I giuristi che in Germania hanno trattato il diritto privato vigente sono passati attraverso procedimenti di comparazione. Hanno seguito il modello logico che era stato teorizzato dalla Scuola storica, riguardo ai rapporti fra tradizione romanistica, sistema e normazioni speciali. Hanno fatto i conti (i germanisti con una maggiore attenzione alla concretezza, i romanisti muovendosi sul terreno dei concetti generali e del sistema) con i diritti speciali ereditati e con la presenza durevole dell'*usus modernus Pandectarum*, nel processo di formazione del diritto civile moderno. Scrive Lambert:

Prima della codificazione del 1896, i trattati di diritto civile tedesco (*Deutsches bürgerliches Privatrecht*, *Deutsches Privatrecht*) hanno costituito dei veri trattati di diritto civile comparato, con questa particolarità, che gli elementi di comparazione sono stati forniti loro esclusivamente dalle numerose legislazioni che si dividevano il territorio della Germania. I più importanti di questi trattati di diritto comparato tedesco sono stati composti da storici del diritto e sono da un capo all'altro animati dal soffio della storia. È così, per limitarmi ad un solo esempio, che il libro fondamentale di Stobbe, non è soltanto un luminoso manuale di diritto civile tedesco, ma contiene sparsi tutti gli elementi di un eccellente manuale di storia del diritto civile tedesco.²⁰

Studio storico e comparazione appaiono come strumenti di conoscenza e descrizione da usare in riferimento ad esperienze giuridiche eterogenee e contemporaneamente come vie per costruire un'unità non arbitraria. L'evoluzione di questi *iura propria* è comune. Così nella comparazione tra diritti nazionali diversi, si tratta ugualmente di far emergere la sostanza comune. Le norme riferite ad una medesima materia, all'interno di paesi che hanno lo stesso livello di civiltà, convergono inevitabilmente. Si prestano ad una con-

20 LAMBERT (1903) 51.

cettualizzazione unitaria. Com'era avvenuto in Germania, così è possibile che la scienza civilistica operi su scala europea.²¹

Lambert è tra i protagonisti del Congresso internazionale di diritto comparato che si svolge a Parigi in occasione dell'Esposizione universale, dal 31 luglio al 4 agosto del 1900. Presenta una relazione dal titolo "*Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit?*". Al centro del Congresso vi è un ottimismo cosmopolita più pronunziato di quello che abbiamo visto nel Savigny del 1840 e un'idea di comunicabilità della cultura europea, che ha un riscontro oggettivo nell'espansione coloniale degli Stati più ricchi.²²

I temi affrontati trovano un esteso sviluppo nel libro del 1903, ove spicca una parte storica prevalentemente costruita intorno alla dicotomia *droit écrit-coutume*, rilevante per il pensiero francese ed assunta come base concettuale per una rassegna storiografica sulle antichità giuridiche, dal diritto ebraico a quello musulmano, a quello romano. Il rapporto tra consuetudini e leggi permette all'autore di cogliere, anche nell'ambiente giuridico che lo circonda, la relatività della legge. Mette così in discussione sul piano teorico quello che considera un dogma da cui liberarsi, l'immobilità delle norme (specie quelle del codice), rispetto alle quali l'integrazione attraverso gli usi e attraverso la giurisprudenza risulta insopprimibile.

Nonostante l'esotismo e la lontananza degli esempi storici, tutta la dialettica tra norme e prassi, tra legge e giurisdizione ci appare strettamente legata al ruolo costruttivo che la comparazione assume come prodotto europeo. I tratti giuridici che si ricavano dalla storia e dall'analisi dei diritti in

- 21 La stessa rappresentazione è recentemente ripresa, a fondamento della comparazione, da Bran Akkermans (2009): « The rise of comparative law as a subject of study meant the rediscovery of the period of *Ius commune*, in which there has been a common law of Europe ». Non vi sono riferimenti temporali; ma viene in mente l'uso della tradizione del diritto romano, non solo nel medio evo. Con un accostamento suggestivo, CASSESE (2003) 25 s., 73 s. ha citato proprio *Il medio evo del diritto* di Francesco Calasso per spiegare il rapporto fra il diritto dell'Unione europea, creato da tecnostutture sovranazionali e gli *iura propria* dei parlamenti nazionali. Piuttosto, il rapporto con gli Stati e con i loro diritti positivi riguarda la categoria *ius commune* nell'accezione che assume agli albori dell'Europa moderna, quando indica il diritto costruito dalla scienza, composto secondo un ordine che si vuole « naturale », come scrive Doneau.
- 22 AUGUSTI (2016) 24 ss., sul progetto coloniale e sulla « linea evolutiva predesignata che è, evidentemente, quella del diritto occidentale »; sul metodo per decostruire questa visione, *ivi*, 16.

vigore nel vecchio continente costituiscono le basi per le innovazioni nelle leggi, come per il loro sviluppo ed il loro arricchimento attraverso l'interpretazione.

I dati giuridici particolari sottoposti ad unificazione hanno un'evoluzione comune. Appartengono alla stessa vicenda. Le legislazioni europee sono passate attraverso le medesime epoche: « l'histoire de notre droit n'y figure que comme partie intégrante de l'histoire commune de ces législations ».²³

Dunque la categoria "diritto comparato" indica un insieme giuridico, messo in relazione ad altri insiemi: un diritto spiegato ed emendato in base a quanto risulta dal confronto con gli altri. Tutto ciò sul presupposto che i problemi da risolvere in società affini siano fundamentalmente gli stessi e che gli ordinamenti giuridici contigui o partecipi di una medesima storia convergano nei principi e nelle finalità. Ecco un esempio di legame tra lo studio del divenire e la ricerca di affinità tra mondi separati. Raimond Saleilles parla in proposito di un « diritto comune dell'umanità civilizzata ».²⁴

L'idea di strutture omogenee che stanno al di fuori dei dati (definiti) giuridici rende la comparazione – come nota Lambert – non limitata al piano delle regole astratte, ma capace di attingere alla vita sociale. L'osservazione sociologica si lega così alla conoscenza giuridica. E nello scenario internazionale sia la convergenza tra gli Stati sia la somiglianza delle rispettive società spingono verso la prospettiva dell'osmosi tra regolamentazioni.

Il pensiero sulla condivisione giuridica, che la cultura francese propone intorno agli inizi del Novecento, è destinato ad essere ripreso in varie forme fino ad oggi. Il cosmopolitismo della *belle époque* (l'illusione travolta nel 1914) presenta aspetti ideologici che sembrano anticipare la diffusa fiducia, degli anni successivi al 1989, nella estensione globale del capitalismo e nell'imporsi di meccanismi economici identici in regioni e storie diverse.

Agli albori del Novecento, armonizzazione, unificazione sono finalità che la scienza giuridica indica come sbocco oggettivo del progresso economico e della omogeneità delle forme sociali, anzitutto in Europa (con un confronto aperte tra *civil law* e *common law*), ma poi con un'apertura anche più ampia, ovunque arrivi la circolazione dei modelli privatistici.

23 LAMBERT (1903) 53. Questa omogeneità di tempi vale per l'Europa continentale. Ma non è preclusa (anche se meno immediata) la comparazione con la giurisprudenza inglese (IBIDEM, 95 ss.).

24 SALEILLES (1900) 383 ss. Vedi in proposito SOMMA (2014) 47 ss.

Questo messaggio giunge sostanzialmente intatto fino a noi. Viene indicato un percorso graduale, nel quale occorre anzitutto puntare sulla determinazione e la condivisione di principi, per avvicinare le legislazioni. Ancora una metamorfosi della categoria *ius commune*, che funziona come modello regolativo per le discipline privatistiche: come involucro di contenuti irriducibili al passato.²⁵

Lambert prende tra l'altro in esame i trapianti di norme del codice francese in altri ordinamenti. Sono anche questi un segno di affinità. Determinano una comunicazione tra scienze giuridiche nazionali, capaci di riempire lacune, di favorire uno sviluppo parallelo dei rispettivi diritti interni.²⁶

Accanto ai trapianti legislativi, ve ne sono altri, che riguardano gli schemi teorici e l'interpretazione. In questo quadro, il soggetto che compie l'analisi comparativa è soprattutto il giurista: egli risolve problemi di diritto interno ed orienta la giurisprudenza verso opzioni ricalcate su altri ordinamenti. Il confronto ha insomma una serie di visibili ricadute pratiche. Secondo lo studioso francese, l'esame delle differenze serve per la scelta di soluzioni prescrittive che possano trasportarsi da un'esperienza all'altra.

« Guider et activer le mouvement de la jurisprudence »: questa via al progresso (nella quale si avverte l'eco delle teorie di François Geny) non può che fondarsi su una spinta dall'esterno.²⁷ Le scienze sociali e soprattutto lo studio dell'economia – osserva – non forniscono un appoggio sufficientemente fermo. Una maggiore sicurezza è data dalla scelta di segmenti norma-

25 Il tema è attuale. Vedi in proposito BONELL (2012) 39: « salvo rarissime eccezioni, una unificazione del diritto... potrà essere realisticamente tentata soltanto tra Stati già in qualche modo legati tra di loro da valutazioni e interessi di carattere politico, economico e sociale comuni ». Ma queste condizioni di omogeneità – osserva l'autore – « attualmente valgono per un numero ristretto di Stati ». Ne consegue che l'obiettivo dell'unificazione è di portata ristretta ed è difficile. Perciò si prospetta una via diversa, che ripropone sotto altre forme la connessione tra diritto comune e *iura propria* teorizzata nell'Ottocento o – ancora prima – i principi derivati dal diritto romano che Vinnen indicava come generale *norma turis* per l'Europa. Insomma, viene recuperato un vecchio modello, che la scienza giuridica europeo-continentale aveva posto a base delle costruzioni moderne: « proprio perché il più delle volte mancano le premesse di fondo per potersi procedere ad una unificazione in senso stretto dei diversi sistemi positivi nazionali, converrebbe accontentarsi, quanto meno in un primo momento, con una loro unificazione in senso ampio o semplice armonizzazione ». Ciò significa fissare « i soli principi e le norme cardine », che i legislatori nazionali dovranno seguire.

26 LAMBERT (1903) 26 ss.

27 LAMBERT (1903) 38 ss.

tivi scoperti attraverso il confronto e che vengono dall'uno o dall'altro ordinamento.²⁸ Sono le soluzioni che appaiono più adeguate ai bisogni sociali. Per il loro tramite si individuano elementi di cui anche la scienza economica può dare conto. Ma il lavoro di costruzione di un sistema giuridico ideale si svolge tutto al livello del diritto.²⁹ L'opzione tra norme o tra interpretazioni è impersonale rispetto alla logica delle utilità individuali, a cui si riferiscono i modelli privatistici. A tratti, sembra affiorare l'immagine di un'attività di governo dei giureconsulti e dei giudici.³⁰

Nella visione di Lambert, insomma, il movimento del diritto prevale su quello dell'economia. D'altro canto, i giudizi di valore circa le soluzioni da adottare hanno una forza, una persuasività sociale, indipendentemente dai precedenti storici. La comparazione assume un ruolo autonomo, individua bisogni oggettivi, fornisce indicazioni affinché le norme corrispondano ad un interesse generale.

La « politica della legislazione » che si genera attraverso i confronti e le scelte (di legislatori, giuristi, giudici) corrisponde all'elemento cosciente della produzione giuridica e non alla sua base istintiva;³¹ è portatrice di riforme e sfugge perciò alla continuità. Su questo punto, l'autore abbandona le categorie di origine savigniana. Propone un'idea di *politique juridique* che crea diritto non solo con le leggi, ma anche con le dottrine e con la giurisprudenza. Soprattutto essa sceglie soluzioni nuove e fa del diritto compa-

28 LAMBERT (1903) 44 s.: « De tous les instruments susceptibles d'être employés pour la recherche des solutions juridiques les plus conformes aux exigences actuelles de l'équité et de l'utilité sociale, le moins imparfait et le plus généralement utilisable est le droit civil comparé. L'étude du droit civil comparé permet au jurisconsulte de profiter des expériences tentées à l'étranger; de se renseigner sur la manière dont les diverses réglementations données à une même matière par les législations des principaux pays de même civilisation se sont comportées à l'épreuve de la pratique; sur les mérites et les défauts que cette épreuve a révélés; sur les résultats économiques de chacune de ces réglementations. Elle lui facilitera ainsi dans une large mesure la découverte des règles les mieux adaptées aux besoins de la société contemporaine; de celles vers lesquelles il convient d'orienter dans la mesure du possible le mouvement des jurisprudences internes ». Questa lunga citazione mette in luce come l'analisi comparativa sia finalizzata alla scelta della soluzione (che può ritenersi) migliore in funzione del governo della vita sociale.

29 LAMBERT (1903) 49: « C'est surtout par l'intermédiaire du droit civil comparé que peut se faire sentir dans les jurisprudences internes le contre-coup de tous les progrès de l'économie politique ».

30 LAMBERT (1903) 163 ss. Cfr. *ivi*, 110 ss., ove critica il dogma della immobilità della legge.

31 LAMBERT (1903) 107 ss.

rato uno strumento per trarre dai singoli oggetti di studio insegnamenti generalizzabili.³² Nulla in questa ricerca è predeterminato.

Il tema dei trapianti, con un atteggiamento simile, sarà trattato, in tempi più vicini a noi, da un libro di Alan Watson. Anche qui, settant'anni dopo Lambert, si enfatizza l'autonomia del dato giuridico. E si riconosce che ogni recezione dipende da un'analogia dei problemi da risolvere. La norma o la decisione, nata da un altro insieme prescrittivo, può essere ricalcata se i problemi sono gli stessi. Il che apre la strada, ad una considerazione di aspetti non strettamente giuridici.³³

Gli enunciati teorici che ho fin qui esaminato permettono di fissare la base di partenza delle discussioni contemporanee. Vi è un nesso tra storicismo e comparazione. Entrambe le prospettive, da Savigny a Lambert – pur con le differenze che ho segnalato – tendono alla costruzione di un “diritto comune”, che va oltre le leggi e nel quale è fortemente coinvolta l'interpretazione. Anche l'orizzonte giusindividualistico, cui ho accennato a proposito di Savigny, rimane fermo da un secolo all'altro.

In una rapida sintesi circa l'uso della comparazione nei diritti nazionali Jan Smits ha fissato di recente i diversi piani su cui questa si sviluppa, divenendo una sorta di sapere costitutivo rispetto ad una serie di creazioni giuridiche nazionali: « the use of comparative law in creating, reforming and interpreting national law ». Un sapere relativo alle analogie e alle differenze, che richiama le impostazioni già definite tra Ottocento e Novecento, e le amplia, oltre l'Europa (pur sottolineando maggiori difficoltà opposte negli Stati Uniti alla tecnica dei trapianti).³⁴ Si può spiegare questa tendenza totalizzante, legandola all'idea di civiltà comune?

32 LAMBERT (1903) 901 ss.: « Le droit civil comparé n'est pas l'organe même de la politique juridique: il est seulement l'un de ses plus précieux instruments de recherche ... En observant la marche et les vicissitudes de toutes les expériences législatives et jurisprudentielles qui se poursuivent simultanément dans les divers pays qu'embrasse sa comparaison, il donne aux enseignements qui se dégagent de chacune d'elles une portée internationale. Il produit à cet égard les effets spécifiques de l'association et de la solidarité ». L'obiettivo è associazione, solidarietà: ciò che riassume nel termine « armonizzazione ». In sostanza, una spinta unificante.

33 WATSON (1974, 2. ed. 1993, trad. it. della prima edizione, 1984), spec. 1 ss. (tutto il capitolo 1). Sulla discussione intorno ai *legal transplants*, vedi AUGUSTI (2016) 5 ss.

34 Cfr. SMITS (2006) 513 ss.: « It is well known that, alongside the scholarly pursuit of knowledge of similarities among and differences between legal systems, comparative law may also fulfil a role in national legal practice. The most obvious example of this is the use of

La « civiltà » – evocata in forme diverse da Savigny e da Saleilles – era un blocco che conteneva in sé aspetti economici e culturali.³⁵ Ora, nel mondo che è davanti ai nostri occhi, il quadro di riferimento si semplifica. Lo spazio che accomuna le esperienze messe in relazione e nelle quali opera il confronto è definito soprattutto in termini economici.

Ciò appare tanto più vero se si considera l'influenza diretta che l'economia esercita sui processi sovranazionali di armonizzazione (o omologazione) giuridica. Nel contesto attuale, i soggetti economici privati non attendono che l'armonizzazione giunga dalla politica e dal diritto. Essi traggono vantaggio dalla concorrenza tra diversi ordinamenti. Valutano quali siano le regole alle quali sottoporre gli affari di cui sono protagonisti; decidono entro quale ordinamento portare i propri investimenti.³⁶

Secondo l'immaginazione neoliberale, la scelta delle regole più convenienti alle negoziazioni ed alla stessa attività produttiva è tale da determinare un addensarsi di iniziative economiche entro gli ambiti giuridici che i privati ritengono maggiormente vantaggiosi. Tutto ciò favorisce la crescita del volume di affari, la creazione di ricchezze ed è un potente incentivo al superamento delle differenze giuridiche. I diritti diversi tendono infatti a conquistare un uguale grado di attrattività, uniformandosi alle esigenze che maturano nel mercato.

Quindi, dalla spontaneità dell'iniziativa economica discende l'armonizzazione: così sostengono i fautori del mercatismo giuridico. L'osmosi tra le esperienze giuridiche appare, in questa ottica, come il portato di una naturale selezione e costruzione di regole utili: in realtà è una proiezione degli interessi dominanti nell'economia globale.³⁷

comparative law by national legislatures and courts in creating, reforming, and interpreting national law. This practical use of comparative law by institutions has increased considerably over the last few decades. Particularly in Europe, comparative reasoning seems to play an even larger role in drafting statutes and deciding cases ». Mi sembra che l'autore finisca per mettere al centro della sua sintesi il « ragionamento comparativo », come un dato storico dal quale i discorsi odierni sul diritto non possono prescindere.

35 Ricordo che Savigny costruisce l'assolutezza del *dominium* e il diritto patrimoniale, ponendo come sfondo la storia comune delle nazioni cristiane.

36 Vedi in proposito ZOPPINI (2004) 5 ss.

37 Ne svela le finzioni sul piano teorico ALPA (2004) 43 ss. Ma sulla forza di cui è capace il mercatismo giuridico vedi A. SOMMA(2017b): « A bene vedere l'idea di una competizione tra ordinamenti costituisce un orizzonte sempre più realistico per la costruzione europea, che nel tempo ha abbandonato la tensione verso l'uniformità imposta dall'alto come suo

La concorrenza tra gli ordinamenti, come quella tra i soggetti economici, diviene un'occasione di incremento dell'efficienza allocativa dei mezzi di investimento e delle merci.³⁸ Spinge verso l'omogeneità delle garanzie di libertà economica e di non ingerenza dei pubblici poteri.³⁹

4. Ancora sulle radici romanistiche

Torniamo ora all'intreccio tra studio storico e comparazione, fondato sull'idea di continuità. Lo abbiamo visto nello storicismo giuridico d'impronta conservatrice. Mentre disegna l'immagine di una totalità che vive nel tempo e che la scienza deve scoprire, non solo getta le basi delle trattazioni pandettistiche, ma fissa contemporaneamente uno statuto teorico più generale, legato al riconoscimento di dati invarianti nelle vicende giuridiche. Esso condiziona la cultura novecentesca.

Il modello storico-dogmatico (per usare l'espressione di Haubold) è ancora oggi presente e forte negli studi comparativistici. Esso riemerge nell'attuale dibattito (condotto specialmente in Germania) sull'unità possibile del diritto nello spazio europeo. E svela reminiscenze romanistiche.

« La nostra situazione in Europa oggi è simile per molti aspetti a quella della Germania agli inizi del diciannovesimo secolo ». Così scrive Reinhard Zimmermann nel 1996, riferendosi al campo del diritto privato.⁴⁰ Torna l'esempio segnalato da Lambert.

La somiglianza tra i due contesti è nella eterogeneità delle normazioni e nell'esigenza di armonizzarle. Muovendo da questo parallelismo, Zimmer-

tratto identificativo. Nello stesso senso sembra militare il crescente favore con cui si guarda all'integrazione differenziata, declinata sotto forma di Europa a più velocità, prospettiva sponsorizzata dalla Germania, sulla quale la Commissione ha recentemente invitato a riflettere ». Il punto d'arrivo è che « l'istituzione o la regola vincente finisce per monopolizzare il mercato ».

- 38 Vedi SOMMA (2017a) 103 ss., che ricorda il caso Centros. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce il diritto di considerare Paese di origine dell'impresa, quello nel quale sia comunque registrata una sua sede, anche priva di operatività. Il criterio formale consente di andare a cercare l'ordinamento che, in confronto agli altri, sia più vantaggioso per l'impresa. Ciò si accorda con il definitivo tramonto dell'idea di funzione sociale dell'impresa, segnalato con parole adesive da FLICK (2000) 7.
- 39 Cfr. al riguardo ALPA (2014) 394 ss.
- 40 ZIMMERMANN (1996) 576 ss. Questo scritto delinea incisivamente le tesi poi sviluppate in ZIMMERMANN (2001) spec. 6 ss. e 107 ss.

mann riflette sugli scritti da cui nasce la Scuola storica ed analizza la posizione di Savigny. Estrae alcuni motivi che gli paiono utilizzabili dai giuristi del nostro tempo.

In primo luogo, tiene ferma l'immagine della scienza che muove dalla vita, per svilupparsi con una relativa autonomia. Ribadisce il rapporto con il divenire storico, che non conosce discontinuità.

In secondo luogo, egli sottolinea come nel disegno savigniano la massa delle regole sia un insieme ordinato. All'interno di questo si possono dedurre le norme e le qualificazioni dai principi.

In terzo luogo, Zimmermann avverte che questo insieme (il « sistema ») è una totalità non arbitraria, in quanto ha alle spalle una formazione pluriscolare iniziata con il diritto romano. Si torna così al divenire e alla tradizione.

Ciascuno dei motivi segnalati rimanda ad una concezione nella quale sistema e storia si identificano.⁴¹ Il che legittima le costruzioni scientifiche. D'altro canto, i trapianti sono credibili, come pensava anche Lambert, poiché stanno dentro una storia comune

Zimmermann propone nuovamente la lettura delle fonti giuridiche romane quale base unificante per il diritto privato. A suo avviso, la comune ascendenza dei diritti nazionali dell'Europa e l'influsso di quelle fonti spiegano l'unità tra storia e scienza; inoltre fanno da premessa alla concettualizzazione unitaria di *civil law* e *common law*. Ecco il legame su cui deve fondarsi la comparazione.⁴² Egli indica la necessità di ripensare la « seconda

41 Questo è il messaggio prevalente della Scuola storica; e alla fine il denominatore comune: si pensi ai tratti teorici che collegano Puchta e Savigny. Non vi è insomma uno storicismo individualizzante, ma piuttosto un'immagine del divenire che presuppone i dogmi. Non sembra plausibile la netta separazione (sostenuta da autori come Solari ed Orestano) tra il Savigny del biennio 1814-15 ed il Savigny autore (venticinque anni dopo) del *System des heutigen Römischen Rechts*. Nella prima fase prevarrebbe un orientamento relativizzante: un'apprensione delle particolarità che non ne ricerca il fondamento razionale né le riconduce a modelli sovrastanti; nella seconda fase si avrebbe il ritorno alle astrazioni settecentesche. Non è così. La sua visione dei fenomeni giuridici, nel primo quindicennio dell'Ottocento, è condizionata dai modelli kantiani. Ed affiorano spunti di filosofia della storia, che ritroveremo nel *System*. Richiamo, su questo punto, un mio vecchio lavoro: BRUTTI (1980) 265 ss.

42 ZIMMERMANN (2001) 112, a proposito delle vicende storiche che possono assumersi come sostrato del legame teorico: « Roman Law, Canon Law, indigenous customary law, feudal law, the Law Merchant, Natural law theory: these were the most important ingredients in

vita del diritto romano », dal medio evo alla pandettistica, concentrando lo studio storico e teorico sulle vicende degli istituti, poiché in esse possono trovarsi le ragioni unificanti ed in particolare le occasioni di incontro con la formazione del *common law*.

Ma davvero si può sostenere che tra il medio evo e la modernità vi sia stata una « seconda vita » del diritto romano? Se solo spostiamo lo sguardo dalle forme giuridiche ai contesti entro i quali esse vengono trasmesse, le diversità di senso e di funzioni balzano agli occhi e si spiegano le evidenti metamorfosi nei rapporti tra norme e fatti, le novità nelle articolazioni teoriche applicate ai concetti della tradizione (soprattutto nel tempo moderno). Perciò non può che essere illusoria la continuità degli istituti, che fa da cornice ad una ricerca sugli elementi unificanti di un nuovo diritto privato europeo. Il concetto di « istituti » è tipicamente ottocentesco e presuppone il sistema; come il ricorrere dei dogmi.

Apparentemente, il metodo proposto è dettato dalla sopravvivenza di categorie provenienti da epoche antiche e dalla continuità che si scorge nel rapporto tra *civil law* e *common law*. Secondo Zimmermann, è la parentela tra le due grandi formazioni giuridiche dell'Occidente (a suo parere in più punti individuabile) che fonda la comparazione e quindi un discorso capace di comprendere entrambe. Attraverso l'esame analitico di singoli istituti la distanza si può colmare, segnalando analogie o influssi del diritto continentale su quello inglese. « Bridging the Channel »: è questo l'obiettivo.⁴³

Ma così, postulando la continuità anche là dove vi sono soltanto contatti empiricamente rilevabili tra mondi giuridici separati, si ripropone costantemente un indirizzo consolidato nella *Rechtswissenschaft*, che consiste nell'ancorare lo studio e il confronto ai dogmi. Non si guarda oltre e si fa slittare la descrizione dalle forme concrete e peculiari di ciascuna esperienza alla ricerca delle invarianti: cioè di schemi storici.⁴⁴ L'armonizzazione non è una

the development of continental law. All of them, in various ways, also shaped the English common law. Protagonists of this development, on both sides of the Channel, have been Parliament, Courts and academic writers ». Da qui una *Western legal tradition*.

43 ZIMMERMANN (2006) 557 ss.

44 Cfr. ZIMMERMANN (1990) xi: « Throughout the centuries, Roman (civil) law never ceased, through various channels, to exercise a considerable influence on English law and jurisprudence ». Restano certo, secondo l'autore, le differenze (ma ve ne sono altrettante – egli osserva – tra l'esperienza francese e quella tedesca). Occorre far leva su ciò che è simile: « it

scelta di politica del diritto, ma un portato di vicende e somiglianze oggettivamente unificanti.

5. Un approccio individualizzante, nella scienza italiana del Novecento

Una critica agli schemi invariati è espressa, all'interno delle dottrine italiane nel Novecento, dagli studi comparativistici di Gino Gorla. Mi soffermo su di essi, poiché si allontanano radicalmente dall'impianto di origine pandettistica e danno luogo ad una ricerca disinteressata, che non punta alla legitti-

would appear to be a fruitful exercise to try to explore a common basis for comparative legal studies ». Ciò è possibile concentrandosi « not so much on the distance and the differences between common law and civil law as on their proximity and similarities; and to attempt a comparison of legal solutions against the background of a common "Western" civilization ». A questa corrente, che può definirsi neopandettistica, si riferisce SOMMA (2014a) 44, quando parla dei « comparatisti che, volendo contribuire all'unificazione del diritto in area europea, considerano il diritto romano una fonte di principi latenti capaci di evidenziarne la trama ». L'idea dei principi latenti ci riporta a Jhering e a Betti: vale a dire alle due più rigorose teorizzazioni (tra Ottocento e Novecento) della dogmatica come scienza e come base delle narrazioni storiche riguardanti il diritto. Somma coglie il senso ideologico dell'unificazione che oggi si propone a partire dal diritto romano: « Ebbene quei comparatisti finiscono col presentare come scelta tecnica legittimata dal suo essere sintonizzata con la tradizione, un'opzione tanto politica quanto la contestuale esaltazione del carattere individualista del diritto romano. Il tutto concepito anche per restituire alla dottrina il ruolo di fonte di produzione dei precetti ». Si può osservare in proposito che la struttura epistemica della dogmatica è fungibile per più usi, e non necessariamente legata all'individualismo. Ciò emerge dal pensiero di Betti. Anzi, come sappiamo, il giurista italiano (che ha influenzato nel nostro Paese i modi correnti di intendere la dogmatica) attribuisce ad essa una valenza che è in contrasto con il giusindividualismo. Lo si vede nella critica rivolta contro il "dogma della volontà" e nella diversa configurazione che egli dà all'autonomia negoziale, rispetto agli insegnamenti pandettistici. Cfr. BRUTTI (2013) 117 ss. Resta il fatto che la dogmatica è strutturalmente portata a legittimare rappresentazioni ideologiche del diritto e che si pone tendenzialmente in termini assoluti, come non controvertibile. Questo era l'impianto della pandettistica ed ho già cercato di mostrare che l'idea del passato, dell'antichità romana, quale fondamento del presente, legittimava il sistema. Le suggestioni pandettistiche sono ancora (o nuovamente) molto presenti negli studi di diritto romano e ciò rafforza la tendenza a deformare lo *ius* antico per trarne precetti e schemi concettuali spendibili in rapporto alle discipline privatistiche odierne. Aggiungo, per concludere, che l'intera costruzione volta a trovare una base dogmatica nella tradizione, per fondare su di essa un diritto comune (o principi comuni) nello spazio europeo, è tutt'altro che campata in aria, poiché l'individualismo pandettistico può funzionare come impianto concettuale adatto al dominio del mercato.

mazione ideologica delle categorie giuridiche. Il distacco polemico dagli insegnamenti della dogmatica e l'uso di argomentazioni d'impronta crociana (sui concetti giuridici distanti dalla realtà) inducono Gorla a scartare le sistematiche tradizionali e a proporre piuttosto un approccio individualizzante alla descrizione del diritto, che si identifica con la storiografia.⁴⁵

Il tentativo di fondare il diritto comparato sull'integrale storicizzazione di oggetti di studio che appartengono ad ordinamenti diversi comincia nel 1949, quando egli soggiorna e lavora negli Stati Uniti. L'incontro con il *common law*, l'analisi volta alla dimensione casistica di quel diritto, che comporta un ruolo più incisivo del giudice, e poi le riflessioni sulla tematica contrattuale, svolte nei corsi tenuti ad Alessandria d'Egitto durante gli anni Cinquanta, aprono una prospettiva nuova, fondata sul superamento della tradizione e del pensare sistematico.⁴⁶

I concetti, le forme del mondo giuridico europeo-continentale non possono essere la base da cui muove la comparazione con altri ordinamenti. È necessario un procedimento di storicizzazione contemporaneamente applicato alle esperienze tra le quali si stabilisce il confronto. Intendo qui il termine "storicizzazione" nel suo significato più semplice: è un'indagine che fa emergere i particolari, l'individualità delle situazioni concrete. Il confronto si compie attraverso categorie costruite in via induttiva, muovendo dall'osservazione dei meccanismi giuridici nel loro concreto atteggiarsi.

È questo lo scopo dell'opera *Il contratto*, scritta tra il 1950 e il 1955. L'obiettivo è l'identificazione del contratto ad effetti obbligatori negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*. Per quanto riguarda i primi, Gorla muove una serrata critica al concetto bettiano di causa, sostenendone la inconsistenza. Rifiuta infatti l'enunciato secondo cui il requisito della funzione economico-sociale del contratto (intesa in senso deontologico, come funzione fissata dall'ordinamento e dettata alle parti) sia propria di ogni normazione relativa agli atti volontari volti alla cooperazione ed alle attività

45 Vedi in proposito ORESTANO (1987) 324, 368 s., che, proprio muovendo da Gorla, sottolinea il carattere integralmente storico della comparazione. L'approccio individualizzante è un punto di incontro tra questi due autori; e sono testimone del fatto che esso era parte di un sodalizio intellettuale: entrambi si erano distaccati, senza esitazioni, dalla dogmatica. Entrambi, nei loro rispettivi campi di studio, sfuggivano programmaticamente al condizionamento pandettistico.

46 Questo percorso è narrato in GORLA (1981) 1 ss.

economiche.⁴⁷ Perfino nel Codice civile esclude la sua centralità, sminuendo il senso dell'articolo 1322.

Eliminata ogni sovrapposizione di teorie generali, egli mette in luce come una pura obbligazione contrattuale si trovi – sia negli ordinamenti di *civil law* sia in quelli di *common law* – soltanto nel contratto di scambio in senso lato, cioè in quello nel quale le parti si fanno reciproche concessioni o consentono reciproci sacrifici. Entro questo genere di fattispecie (che richiama il *synállagma*, introdotto nella scienza giuridica romana da Labeone), il patto non può dirsi nudo e produce effetti giuridici. Il suo *vestmentum* è nella struttura dello scambio. Somiglianze e diversità sono ricavate dalla rilevazione empirica.

Così, mentre nel *civil law* il meccanismo dei *vestimenta* dei patti, cioè dei requisiti oggettivi oltre il mero consenso, sembra soprattutto ispirato alla protezione del promittente, con la previsione di una causa *suffisante, raisonnable e juste*, nel *common law* la disciplina del *contract* sembra piuttosto mettere in rilievo l'affidamento del promissario.⁴⁸

La trattazione è vastissima. Il secondo volume costituisce un necessario complemento della parte storico-comparativa ed è rappresentato dall'analisi e dalla risoluzione di casi.⁴⁹

Prima di valutare – egli scrive – il sistema contrattuale di *civil law* e quello di *common law*, converrà mettersi nel contatto il più intimo possibile con la giurisprudenza o la *judge made law*, e vedere i giudici all'opera possibilmente nel loro ambiente e nell'organizzazione giudiziaria in cui operano.⁵⁰

È evidente che il termine “sistema” è usato in un senso debole, non più legato al linguaggio della tradizione. Si avverte l'influsso di Tocqueville (studiato a lungo da Gorla) per quanto riguarda il ruolo che i giudici sono chiamati a svolgere nella democrazia americana. L'indagine si concentra sulla formazione del diritto attraverso le giurisprudenze. È un punto di vista che egli trae dal mondo anglosassone, ma che applicherà anche allo studio degli ordinamenti di *civil law*.

47 GORLA (1955) 199 ss.; su Betti, *ivi*, 201, nt. 1.

48 GORLA (1955a) 467 s.

49 GORLA (1955 b), spec. v. « Vogliamo noi uscire dal dogmatismo o dal principio autoritario, abito mentale cui hanno contribuito le codificazioni e altri fatti importanti della nostra storia? ». Questa ricerca ispira la trattazione casistica.

50 GORLA (1955a) 469.

Nella prolusione romana del 31 gennaio 1961, Gorla riassume le linee portanti della comparazione, come metodo per la formazione del sapere giuridico:

La comparazione del diritto, essendo questo un fatto umano e quindi storico, vuol essere un processo graduale di conoscenza storica di due ordinamenti giuridici mediante il raffronto fra di essi. Processo graduale di conoscenza storica, che partendo dal gradino più basso di una specie di cronaca comparata, culmina nella storia comparata degli ordinamenti giuridici messi a raffronto.⁵¹

Ed aggiunge: « lo studio storico-comparativo può servire anche ad evitare i difetti di una teoria generale... storicamente agnostica »:⁵² vale a dire indifferente rispetto al dato storico.

Invece, negli scritti di questi anni, si ha una vera e propria immersione nella storia. *Comparison involves history*.⁵³ I due volumi sul *Contratto* trattavano la storia dei concetti, legati alla prassi giuridica. Esperienze giuridiche diverse, anche di lunga durata, venivano descritte secondo elementi differenziali, quindi come individualità. Storicizzare i concetti significava vederli in relazione ai diversi momenti, assumerli in quanto funzionali a specifiche discipline. Ora invece diventa più forte l'interesse per i fatti, per il rapporto tra forme giuridiche e società, per il costituirsi e l'agire, in epoche diverse, degli organi giudicanti. Le vicende dei poteri giudiziari e della giurisprudenza diventano il filo conduttore da seguire nella scoperta dei modi di produzione del diritto, delle loro problematiche similitudini, della lontananza o della comunicazione.

È emblematico in questo senso un saggio del 1962: *Le "forme d'azione": studio storico-comparativo della common law*. Il confronto è tra l'organizzazione del tribunale cittadino dell'antica Roma (con queste parole si riferisce al *praetor*) e la Corte centrale di Londra nei secoli XII–XVII. La procedura romana *per formulas* segna – a suo avviso – un rafforzamento del potere magistratuale e della *iurisdictio*, nella dialettica tra *civitas* e gruppi inferiori. Similmente, la Corte londinese prende forza dalla sovraordinazione statutale rispetto ad un precedente pluralismo. È come se l'autore intuisse un'affinità

51 GORLA (1981) 8, nt. 9 e 51. La prolusione figura come il capitolo 2 nel libro del 1981. Il titolo è: *Interessi e problemi della comparazione con la "common law"*.

52 GORLA (1981) 53.

53 Capovolge con queste parole l'enunciato programmatico di Frederic William Maitland (1850–1906), secondo la quale « history involves comparison ».

di percorso; ma sa che i referenti giuridici delle due vicende sono profondamente distanti e non omogeneizzabili.⁵⁴

L'ultima fase della ricerca di Gorla, tra gli anni Settanta e Ottanta, concerne la storia del diritto giurisprudenziale o forense italiano e continentale in genere, nei secoli XVII–XVIII e in parte del XIX, e le vicissitudini delle istituzioni giudiziarie coeve.⁵⁵ Messi a fuoco nelle precedenti indagini i caratteri differenziali, egli passa all'analisi delle parentele storicamente dissimulate e da riportare alla luce tra diritti anglosassoni e continentali. Molti tratti, prima ritenuti peculiari del diritto inglese, gli appaiono adesso simili a quelli del diritto continentale, visto a partire dalla giurisprudenza, tra il Cinquecento e i primi dell'Ottocento. Il problema che si apre è: per quali vie ed in quale misura vi è stata una derivazione?

In uno scritto del 1980, seguendo giudizi provenienti dall'area nord-americana, egli imputa ai *common lawyers* tra il XVI e il XVII secolo di aver mutuato in silenzio (*silently borrowed* o *without acknowledgment*) dal *civil law* molti dei migliori principi e concetti del *common law* e di averli tratti dai *neglected civilians* inglesi.⁵⁶ Le nuove ricerche – sostiene – devono andar oltre questo silenzio.

La questione è aperta. Gorla non esce mai dall'orizzonte della ricerca storiografica, dalla considerazione di situazioni individuali. Questo tipo di approccio, se tenuto fermo, garantisce contro la tentazione di sopravvalutare i fenomeni di derivazione da un segmento normativo ad un altro e di seguire scorciatoie per un discorso unificante. Né i suoi scritti lasciano spazio alla raffigurazione ideologica di una continuità tra i sistemi giuridici occidentali.

6. A proposito di storia dei contesti

La ricognizione dei dogmi come base di schemi invarianti, la ricerca di una continuità tra i diritti dell'Occidente, l'analisi dei diritti messi a confronto come individualità: sono questi gli indirizzi prevalenti nell'incontro tra studio storico e comparazione.

54 GORLA (1981) 137 ss.

55 GORLA (1981) 10 s.

56 GORLA (1981) 877 ss., 902 ss., 907, nt. 10. Il titolo di questo scritto (che è il capitolo 27 del libro) è: *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*.

La storia dei dogmi serve a costruire una base *a priori* per l'armonizzazione. Pensare invece – come Lambert – che questa sia una strategia consapevolmente perseguita significa prendere le distanze dal determinismo, che è l'eredità conservatrice di Savigny (e che nel nostro presente finisce col perpetuare il giusindividualismo). Le tendenze deterministiche tornano oggi nelle tesi che postulano la continuità e l'unità profonda del mondo giuridico occidentale.

L'approccio individualizzante, che nella scienza italiana è stato sostenuto da Gorla, con la perfetta risoluzione della comparazione in storiografia, è un utile antidoto ai dogmi ed al continuismo. Come la storiografia, la comparazione è pura conoscenza,⁵⁷ è ricerca del *quid proprium* di ogni vicenda, è costruzione di schemi descrittivi a ridosso dei fatti: schemi elaborati sulla lettura e sul confronto delle esperienze giuridiche, non presupposti ad esse né immaginati come archetipi comuni.

Tuttavia, proprio rimanendo sul terreno della pura conoscenza, credo si possa tentare di andar oltre lo studio individualizzante. Il passo ulteriore è spostare l'asse delle indagini dalle discipline giuridiche ai loro profili funzionali e più ampiamente al contesto in cui ciascuna regolazione è inclusa.

Che cosa intendo per studio storico e comparazione dei contesti?

Il giuspositivismo come approccio teorico e come ideologia non contemplava analisi e confronti che andassero al di là dei segmenti normativi di volta in volta studiati. Invece, il salto fuori dal cerchio del dover essere è necessario, se vogliamo cogliere i significati che cambiano, le metamorfosi degli ordinamenti e le forme di vita che determinano le differenze tra i diritti, nello spazio e nel tempo.

Storiografia e comparazione conquistano un punto di vista esterno ai concetti giuridici se assumono ad oggetto le formazioni sociali. L'osservatore delimita un contesto (in termini spaziali e temporali), che risulta dalla correlazione tra interessi dominanti, regole giuridiche e persuasioni collettive. Questo intreccio di profili che si fondono è il referente della descrizione.

57 Cfr. GORLA (1981) 53: « Il diritto comparato è attività di conoscenza *pura*, conoscenza storica per raffronto, al punto che ben potrebbe trattarsi, ad esempio, della comparazione fra due diritti dell'antichità o fra diritto romano e diritto inglese ». E più avanti: « Ovvio la postilla che, nel quadro dell'insegnamento universitario, il diritto comparato, come attività di pura conoscenza, e in quanto distinto dall'insegnamento informativo del diritto straniero, dovrebbe stare sullo stesso piano del diritto romano (nelle varie accezioni di questo termine), della storia del diritto italiano e comune, e della filosofia del diritto ».

La nozione di « esperienza giuridica », che ha avuto una notevole diffusione negli studi italiani (e che io stesso impiego in senso descrittivo), ha in sé una vocazione all'apertura oltre le forme del diritto.⁵⁸ È utile perciò ad un discorso capace di sottrarre la storiografia e la comparazione ai dogmi e contemporaneamente di storicizzare il nesso tra economia e morfologie giuridiche. Se scegliamo l'ipotesi di lavoro che vede il diritto come parte non spiegabile in sé, diventa necessario orientare gli studi giuridici verso il rapporto con altri saperi, altre descrizioni delle realtà storiche. Dal momento che il fenomeno giuridico non è isolabile, la narrazione del divenire ed il confronto non possono limitarsi a ritrarre ed analizzare segmenti di dover essere.

Credo in definitiva che studiare l'esperienza del diritto significhi guardare il profilo funzionale delle regole⁵⁹ e il loro impatto sul vivere collettivo: dunque individuare di quale blocco storico sia partecipe ciascuna disciplina giuridica. La metafora del trapianto dev'essere intesa nel senso che una stessa disciplina può entrare entro blocchi diversi; e così la sua portata cambia. Per esempio, le norme sul libero scambio in Africa, coinvolgendo economie fortemente disuguali e produzioni fragili, sono destinate ad avere un effetto di sconvolgimento maggiore che in altre regioni. Ciò che chiamiamo di

58 La nozione è stata definita e discussa, nelle sue potenzialità euristiche e nelle applicazioni plurali che può avere per lo studio storico, soprattutto negli scritti di Riccardo Orestano. Ho cercato di mettere in luce le aperture di cui lo schema teorico è portatore e le implicazioni interdisciplinari che ne derivano: BRUTTI (2013b) 3 ss., spec. 32 ss.; e vedi *ivi*, 61 ss. Vedo che questa ispirazione e la ricerca sui “fondamenti”, negli studi giuridici, emergono oggi dalle proposte del *Wissenschaftsrat* in Germania. A mio parere i fondamenti dovrebbero essere intesi non in senso ontologico, ma nel significato di dati costitutivi dei contesti presi in esame. E il dato costitutivo è quello pensato dall'osservatore, il quale deve rendere conto del processo analitico che lo ha condotto alla scelta da cui muove la sua descrizione. Ciò pone, per lo storico, in primo piano il rapporto con le fonti. Cfr. BRUTTI (2014) 107 ss. Quanto all'aggettivo « interdisciplinare », che è alquanto consumato, forse sarebbe meglio parlare di « riflessione transdisciplinare ». Così AUGUSTI (2016) 16. Intendo l'espressione nel senso che comunque lo studio, a partire dal quale si pongono in rapporto specialismi e si incontrano studiosi e indirizzi d'indagine coi quali scambiare conoscenze, muove da un oggetto (un tema) specificamente delimitato (da un sapere che lo determina) e ne attraversa i confini, per utilizzare altri approcci.

59 Ho presente MICHAELS (2006) 339 ss., ove sono analizzate criticamente diverse versioni del metodo funzionale. Intendo riferirmi qui a quello che egli chiama *epistemological functionalism*. Una prospettiva analitica che pone al centro le relazioni funzionali piuttosto che l'ontologia dei dati considerati.

volta in volta diritto sta dentro una correlazione di azioni reciproche, che comprendono il movimento dell'economia, le idee che vi sono connesse, gli obiettivi e gli interessi che nei diversi momenti prevalgono, le norme che si determinano, il modo in cui vengono interpretate, le loro trasformazioni. Nella correlazione, risulterà più chiaro come il diritto possa essere campo di conflitti e quale sia la politica del lavoro che svolgono i giuristi.

La via per andare oltre l'approccio individualizzante ed insieme superare le strette dogmatiche e ideologiche (compreso il mito del mercato livellatore delle differenze) è la storicizzazione dei contesti. Per intraprenderla non basta la semplice analisi giuridica. Lo sguardo deve allargarsi al lavoro delle scienze sociali (o alle storiografie riguardanti la vita delle società e la politica). Ciò implica un'organizzazione della ricerca scientifica capace di integrare specialismi diversi e finora da noi scarsamente in uso.

Si tratta di una prospettiva che per acquistare senso ha bisogno di essere sperimentata e misurata, nel vivo di ricerche concrete sulla formazione e sul mutamento dei diritti.

Bibliografia

- AKKERMANS, BRAM (2009), Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law, in: *German Law Journal*, 10, 803–814
- ALPA, GUIDO (2004), La competizione tra ordinamenti giuridici: un approccio realistico, in ZOPPINI, ANDREA (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 43–57
- ALPA, GUIDO (2014), Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU, ANTONIO, FRANCESCO MESSINEO, MENGONI, LUIGI, continuato da SCHLESINGER, PIERO, Milano
- AUGUSTI, ELIANA (2016), Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione, in: *Forum historiae iuris*, 21, www.forhistiur.de/2016-06-augusti
- BONELL, MICHAEL JOACHIM (2012), Comparazione giuridica e unificazione del diritto, in ALPA, GUIDO, BONELL, MICHAEL JOACHIM, CORAPI, DIEGO, MOCCIA, LUIGI, ZENO-ZENCOVICH, VINCENZO, ZOPPINI, ANDREA, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma e Bari, 3–43
- BRUTTI, MASSIMO (1980), La sovranità del volere nel sistema di Savigny, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 265–300
- BRUTTI, MASSIMO (2013a), Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile, Torino

- BRUTTI, MASSIMO (2013b), Rileggere Orestano. Storiografia e teoria del diritto, in: Rivista italiana per le scienze giuridiche, nuova serie 4, 3–34
- BRUTTI, MASSIMO (2014), La ricerca giuridica in Germania. Allargare il campo degli studi giuridici, in: Rivista trimestrale di diritto pubblico, 66, 107–120
- CANNATA, CARLO AUGUSTO (2011), “Usus modernus pandectarum” e diritto europeo (1986), in: Scritti scelti di diritto romano, a cura di Vacca, Letizia, vol. 1, Torino
- CASSESE, SABINO (2003), Lo spazio giuridico globale, Roma e Bari
- DEN TEX, CORNELIS ANNE (1839), Encyclopaedie Jurisprudentiae, Amsterdam
- DUCK, ARTHUR (1678), De usu et autoritate iuris civilis Romanorum per dominia Principum Christianorum (con dedica 1684, imprimatur del 1678, edito a Londra nel 1689)
- DU PLESSIS, JACQUES (2006), Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: REIMANN, MATHIAS, REINHARD ZIMMERMANN (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 477–512, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0015>
- GALGANO, FRANCESCO (2010), Dogmi e dogmatica nel diritto, Padova
- VON GERBER, CARL FRIEDRICH (1852), Über öffentliche Rechte, Tübingen, trad. it., Diritto pubblico, a cura di LUCCHINI, PIER LUIGI, Milano, 1971
- GORLA, GINO (1955a), Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, vol. 1, Lineamenti generali, Milano
- GORLA, GINO (1955b), Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, vol. 2, Casistica e problemi, Milano
- GORLA, GINO (1981), Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano
- HAGENBACH, KARL RUDOLF (1857), Lehrbuch der Dogmengeschichte, Leipzig
- VON HARNACK, ADOLF (1886–1890), Lehrbuch der Dogmengeschichte, 3 voll., Freiburg
- HAUBOLD, CHRISTIAN GOTTLIEB (1816, 2. ed. 1828), Institutionum iuris Romani privati historico-dogmaticarum lineamenta, Lipsiae
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH (1799–1802, trad. it. 1997), Die Verfassung des deutschen Rechts, trad. it. in ID., Scritti storici e politici, a cura di LOSURDO, DOMENICO, Roma e Bari
- KELSEN, HANS (1933), La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali, trad. it. a cura di TREVES, RENATO, in: Archivio giuridico, 90, 121–171
- LAMBERT, ÉDOUARD (1903), La fonction du droit civil comparé, vol. 1, Les Conceptions étroites ou unilatérales, Paris
- LEIBNIZ, GOTTFRIED WILHELM (1667, ripubbl. 1769 e 1930), *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae ex artis didacticae principiis*, Frankfurt 1667, in *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequenda*, Pisis 1769, ripubblicata in ID., *Sämtliche Schriften und Briefe, herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. 4.1, Darmstadt 1930
- LUHMANN, NIKLAS (1974, trad. it. 1978), Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, trad. it. a cura di FEBBRAJO, ALBERTO, Bologna

- MICHAELS, RALF (2006), *The Functional Method of Comparative Law*, in: REIMANN, MATHIAS, ZIMMERMANN, REINHARD (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 339–382, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0011>
- ORESTANO, RICCARDO (1961, rist. 1963), *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2. ed., Torino
- ORESTANO, RICCARDO (1987), *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna
- PARESCHE, ENRICO (1964), *Voce Dogmatica giuridica*, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 13, Milano, 678–712
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL (1814), *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2. ed., Heidelberg, 1828, ora in STERN, JACQUES (a cura di), Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959, trad. it. THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS, VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL, *La polemica sulla codificazione*, a cura MARINI, GIULIANO, Napoli, 1982
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL (1840), *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, trad. it. di SCIALOJA, VITTORIO, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, <https://doi.org/10.1515/9783111692302>
- SALEILLES, RAYMOND (1900), *Conception et objet de la science du droit comparé*, in: *Bulletin de la Société de législation comparé*, 29, 383–405
- SMITS, JAN (2006), *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*, in: REIMANN, MATHIAS, REINHARD ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 514–538, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0016>
- SOLARI, GIOELE (1915–16, pubbl. 1940), *Storicismo e diritto privato*, Torino
- SOMMA, ALESSANDRO (2014a), *Introduzione al diritto comparato*, Roma e Bari
- SOMMA, ALESSANDRO (2014b), *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma
- SOMMA, ALESSANDRO (2017a), *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia
- SOMMA, ALESSANDRO (2017b), *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 29 (in corso di pubblicazione)
- VINNII, ARNOLDI (1767), *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius Academicus et forensis* (1642), Lugduni
- WATSON, ALAN (1974, 2. ed. 1993, trad. it. della 1. ed. 1984), *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburg, 2. ed., Athens (Ga), trad. it., *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" di diritto comparato*, Camerino e Napoli
- WILHEM, WALTER (1958, trad. it. 1974), *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. Main, trad. it., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, a cura di LUCCHINI, PIER LUIGI, Milano

- ZIMMERMANN, REINHARD (1990), *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town e Johannesburg, repr. 1992, 1996
- ZIMMERMANN, REINHARD (1996), *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science*, in: *The Law Quarterly Review*, 112, 576–605
- ZIMMERMANN, REINHARD (2001), *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299134.001.0001>
- ZIMMERMANN, REINHARD (2006), *Comparative Law and Europeanization of Private Law*, in REIMANN, MATHIAS, ZIMMERMANN, REINHARD (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 539–578, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0017>
- ZOPPINI, ANDREA (2004), *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in Id., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 5–40

Indice

- 1 | **Massimo Brutti, Alessandro Somma**
Introduzione
- 5 | **Alfons Aragoneses**
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | **Eliana Augusti**
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | **Massimo Brutti**
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | **Antonello Calore**
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | **Salvatore Casabona**
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | **Tommaso dalla Massara**
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’emplificazione
- 149 | **Thomas Duve**
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**
El papel de la historia del derecho en la formación del
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione
- 491 | **Mario Serio**
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**
Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**