

Nicola Brutti

Diritto privato comparato

Lecture interdisciplinari



SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

Introduzione

In una famosa metafora, Hans Kelsen paragona il diritto al Re Mida: come tutto ciò che quel sovrano toccava si trasformava in oro, così tutto ciò cui il diritto si riferisce assume carattere giuridico¹.

Dire che qualcosa sia, o non sia, giuridicamente rilevante rimanda ad una dimensione non solo deontologica, ma ontologica della realtà, cioè il suo essere o non essere contemplata in regole di diritto. L'attenzione verso tale specifica dimensione in ottica sovranazionale, cioè con lo sguardo oltre i confini politici di uno Stato, è uno dei principali obiettivi del diritto comparato.

Ad esempio, l'atto di scusarsi potrebbe apparire ontologicamente incompatibile con la regola di diritto², in quanto le scuse costituirebbero un semplice atto di cortesia. Ma la loro non indifferenza – e, ancor più, rilevanza – giuridica non può escludersi a priori, senza averne vagliato possibili punti di emersione a seconda delle circostanze e dei contesti ordinamentali³.

Potente strumento, oltre che di regolamentazione, di rappresentazione del mondo⁴, il discorso giuridico appare frutto di una sedimentazione storica mil-

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 161.

² Come è stato affermato dall'ABF (Arbitro Bancario Finanziario), Collegio di Milano, 23 settembre 2010, n. 959, Presidente Antonio Gambaro (indirizzo web <http://www.diritto bancario.it/node/2279/pdf>).

³ Il concetto dei punti di emersione (*die Durchbruchpunkte*) è tratto da R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Bd. 2, Leipzig, 1858, 359 ss. Nonostante il legislatore non contempra originariamente alcune situazioni, queste ultime possono emergere in epoca successiva e trovare riscontro tramite una flessibilità delle norme che la teoria permette di adattare a nuove esigenze. Cfr. M. STORME, *Closing Comments: Harmonisation or Globalisation of Civil Procedure?*, in X.E. KRAMER-C.H. VAN RHEE (eds), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague, 2012, 383. Per ripercorrere le premesse metodologico-comparatistiche allo studio del problema, sia consentito il rinvio al mio lavoro: *Law & Apologies. Profilo comparatistico delle scuse riparatorie*, Torino, 2017, 1-5; da ultimo, K.U. SCHMOLKE, *Anspruch auf Entschuldigung bei immateriellen Schäden?*, in *AcP*, 2022, 222, 340-371.

⁴ «Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité». J. GIRODEAUX, *La Guerre de Troie n'aura pas*

lenaria e di un sapere sofisticato; il suo veicolo è un linguaggio speciale che si innesta sulle lingue naturali, generando combinazioni, varianti ed anche sottogeneri linguistici⁵.

Allo stesso tempo, il diritto ha una dimensione costantemente attuale, dove spicca il ruolo centrale della fonte e dell'autorità, chiamate istituzionalmente a riconoscerne i tratti e a fissarne modi e tempi d'azione sulla realtà concreta⁶. Entrambe queste prospettive presuppongono un forte legame non solo politico, ma anche tecnico-operativo del diritto con comunità radicate in un determinato territorio, con certe tradizioni linguistico-culturali⁷.

In una dimensione tipicamente domestica della formazione giuridica, la convinzione, ancora molto diffusa, è che conoscere il diritto interno, soprattutto codice e procedure, sia tutto ciò che occorre. Non è improbabile che nelle facoltà di giurisprudenza, qualche docente di diritto privato sia convinto di parlare un dialetto locale che, quanto più è specialistico, tanto più sarà difficilmente comprensibile a Berlino o a New York. Questa attitudine, che sembra incarnare una concezione 'neoparticularistico-etnocentrica', disinteressata alle soluzioni giuridiche adottate al di fuori dei propri confini politico-statali, si rivela, in epoca moderna e di globalizzazione, del tutto inadeguata. I profondi cambiamenti, non solo economici, ma che riguardano emergenza ambientale, migrazioni, paradigmi tecnologici dell'informazione e della comunicazione, richiedono un contributo sovranazionale e comparatistico nel ricercare soluzioni giuridiche *ad hoc*, e probabilmente sollecitano sensibilità plurali e nuove forme deliberative⁸. Si pensi alle potenzialità di conoscenza delle esperienze giuridi-

lieu, in *La Bibliothèque électronique du Québec Collection Classiques du 20e siècle*, Volume 3, version 1.0, 146.

⁵Cfr. H.E.S. MATTILA, *Comparative Legal Linguistics*, Aldershot, 2006, 3-4, spiega il *legal language* come una variante funzionale delle lingue naturali, in quanto mostra elementi caratteristici di tipo morfosintattico, semantico e pragmatico. Esso può essere suddiviso in sottogeneri, in dipendenza degli specifici gruppi di esperti che lo usano nell'esercizio delle rispettive funzioni: linguaggio giurisprudenziale per i giudici, linguaggio legislativo per i legislatori, linguaggio forense per gli avvocati, linguaggio amministrativo per le pubbliche amministrazioni, linguaggio notarile per i notai, etc.

⁶Sulla stretta interrelazione tra produzione del diritto e consuetudini sociali, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; P. ZATTI, *Insegnare diritto: quali segni per le "prime lezioni"?*, in *Ars Interpretandi*, 2004, 9, 385 ss.

⁷Cfr. N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, *passim*.

⁸Per una riflessione in tal senso, cfr. i contributi raccolti nel volume a cura di S. SICA-P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002; V. ZENO ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1993, vol. IX, 420 ss. Si pensi, inoltre, alla crisi delle fonti di energia tradizionali e al ricorso a sistemi energetici alternativi che pongono spesso questioni inedite per il nostro ordinamento (cfr. G. PASCUZZI, *Energia solare e "property rights". La tutela giuridica dell'accesso al sole*, Bologna, 1990).

che “altre” che la rete Internet e la lingua veicolare inglese garantiscono o, ancora, alla forza propulsiva del dialogo sovranazionale diretto a ricercare forme di armonizzazione od uniformazione del diritto in alcuni settori specifici.

La comparazione giuridica dovrebbe porsi a guida dell'insieme delle attività che intervengono in questa fase di curiosità e di apertura al “diverso giuridico”. Si può ritenere che la sua essenza principale sia proprio l'interrogarsi sulle similitudini e differenze tra i modelli giuridici presenti nei vari stati.

Il raggio d'azione di questa attività è ovviamente sterminato e, in concreto, assumerà forme e paradigmi diversificati. Il comparatista procede spesso per gradi, cercando di accomunare con tassonomia certosina le esperienze che condividono radici storiche ed elementi caratterizzanti⁹.

A tal proposito, si è osservato che «Il valore del diritto comparato risiede fondamentalmente nella sua capacità di spiegare l'evoluzione del diritto, il nesso tra diritto e società, e, a questo stadio di sviluppo – l'infanzia del diritto comparato – il modo più diretto di usare il diritto comparato è l'esaminare e tenere conto di similarità e differenze in sistemi che hanno legami storici»¹⁰.

Dunque, l'attitudine all'immedesimazione, per gradi, nella cultura giuridica “altra”, la capacità di abbandonare punti di vista dogmatici, di arricchire la propria visione e competenza specialistica con i contributi di ulteriori punti d'osservazione e discipline eterogenee, costituiscono requisiti indispensabili per potersi incamminare su questo sentiero.

In tal senso, la soluzione dei problemi giuridici e la conoscenza dell'effettività e della portata delle norme giuridiche richiedono che l'indagine del diritto comparato vada al di là del mero diritto positivo, includendo l'immedesimazione nel sentire sociale, e l'osservazione delle peculiarità socio-economiche dei diversi popoli. Osserva acutamente Ascarelli: «Di frequente, le abitudini di certi popoli, le loro diverse caratteristiche, la loro storia e la stessa costituzione economica e sociale influiscono nella maniera di considerare determinati problemi giuridici, a volte anche di più della soluzione pratica definitiva data a determinati conflitti di interesse. Lo studio del diritto comparato deve, in sostanza, indicare quale sia effettivamente la soluzione giuridica e il suo ambito, servendosi per questo fine di tutti gli elementi che concorrono a

⁹ Si fa riferimento al metodo che pone la catalogazione degli ordinamenti giuridici in famiglie, a seconda del ruolo e della preponderanza dei rispettivi “formanti” (legislativo, giurisprudenziale, dottrinale), su cui v. R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, I, vol. 39, n. 2, 1991, 1 ss.

¹⁰ A. WATSON, *Legal Transplants and European Private Law*, vol. 4.4, in *Electr. J. Comp. Law*, December 2000, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>, 3 («For me the value of comparative law lies fundamentally in its capacity to explain legal developments, the relationship of law to society, and at this stage of its development – comparative law is in its infancy – the simplest way to exploit comparative law is by examining, and accounting for, similarities and differences in systems that have a historical relationship»).

questa determinazione. Per questo motivo, attraverso lo studio del diritto comparato, siamo frequentemente portati a indagare ciò che chiamerei “le premesse implicite” (economiche, sociali, dottrinali etc.) nei diversi diritti, premesse a volte non esplicitate e, nonostante ciò, importanti sia per evidenziare la portata delle soluzioni giuridiche, sia per spiegare la direttrice evolutiva di un determinato diritto»¹¹.

Chi si avvicini alla comparazione giuridica, o tenti di praticarla, può avere una pluralità di obiettivi, tra i quali spiccano quello semplicemente informativo, un fine più immediato, consistente nella risoluzione di problemi concreti, o più complesso, legato all'introduzione di vaste riforme.

Anche la necessità di comprendere ed operare una traduzione di atti provenienti da un ordinamento straniero non può fare a meno della comparazione giuridica. Questa necessità si accompagna ad una concezione “ampia” dell'attività di traduzione, nel senso che: «Al problema posto dall'atto del tradurre si aprono due vie di accesso alternative: assumere il termine “traduzione” nel senso stretto di trasferimento di un messaggio verbale dall'una all'altra lingua, oppure assumerlo nel senso più ampio, come sinonimo di interpretazione di ogni insieme significante all'interno della stessa comunità linguistica»¹². Naturalmente è l'atto stesso della traduzione a presupporre «in ogni locutore l'attitudine ad apprendere e praticare lingue altre dalla propria; capacità che appare vicina ad altri tratti più nascosti riguardanti la pratica del linguaggio ...»¹³. Si fa riferimento al complesso rapporto tra comparazione, traduzione ed interpretazione, caratterizzato da un doppio legame (*double bind*)¹⁴. Doppio le-

¹¹ «Não é difícil notar que, com freqüência, os hábitos peculiares dos vários povos, os seus diversos característicos, a sua história, sua constituição econômica e social influem na maneira de considerar determinados problemas jurídicos, às vezes, até mais do que a solução prática definitiva dada a determinados conflitos de interesses. O estudo do direito comparado deve, em substância, indicar qual é, efetivamente, a solução jurídica, o seu alcance, servindo-se para esse fim de todos os elementos que concorrem para essa determinação. È por isso que, através do estudo do direito comparado, somos freqüentemente levados a investigar o que chamarei de “premissas implícitas” (econômicas, sociais, doutrinárias, etc.) nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito». T. ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*, 2ª ed., São Paulo, 1969, 9.

¹² Cfr. P. RICOEUR, *Il paradigma della traduzione*, in *Ars interpretandi*, 2000, 5, 2-3.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Rievocando la nota teoria della scuola di Palo Alto (G. BATESON-D.D. JACKSON-J. HALEY-J. WEAKLAND, *Toward a theory of schizophrenia*, in *Behavioral Science*, 1956, vol. 1, 251 ss.), lo rileva T. MAZZARESE, *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 8/2008, 90, ricordando come «Anche se in forme e modi non del tutto equivalenti, il doppio legame della traduzione con l'interpretazione si dà sia nel caso della stesura di uno stesso testo normativo in un ordinamento giuridico che ne preveda la redazione in due o più lingue (così, ad esempio, la redazione in finnico e in svedese

game perché non si dà traduzione senza interpretazione del testo giuridico da tradurre e non si dà testo giuridico tradotto che a propria volta non diventi (o almeno non possa diventare), esso stesso, oggetto di interpretazione giuridica¹⁵.

La principale difficoltà della traduzione e dell'interpretazione in campo giuridico risiede nella necessità di approfondire l'analisi dei concetti che spesso, per difformità o mancata corrispondenza terminologica tra i vari sistemi giuridici nazionali, si scoprono essere di fatto intraducibili¹⁶. Ciò emerge, tra l'altro, dalle differenze sostanziali che esistono tra gli ordinamenti giuridici dei paesi di diritto civile continentale (*Civil Law*) e quelli di diritto consuetudinario inglese (*Common Law*)¹⁷; in tal senso, si osserva come «la diversità che intercorre tra gli ordinamenti giuridici e la mancanza di referenti universali fanno sì che la traduzione giuridica sia, fondamentalmente, un'operazione di diritto comparato»¹⁸. Tradurre “contratto” con “contract”, ad esempio, potrebbe risultare azzardato e approssimativo, in quanto i termini, come si vedrà meglio nel corso della trattazione, si prestano a designare operazioni diverse nei rispettivi contesti ordinamentali.

Con riferimento al rapporto fra traduzione e comparazione giuridica, si osserva come il testo giuridico dovrebbe essere considerato come «referente empirico di un contesto di valori, di un contesto sociale ed istituzionale, di cui il traduttore deve avere piena e consapevole padronanza per rendere le norme di pertinenza in un'altra lingua, ovvero per ricrearne il senso in un contesto diverso»¹⁹.

La peculiarità del linguaggio giuridico, rispetto alla lingua naturale, è lampante quando si pensi che i linguaggi giuridici possono essere molteplici anche nell'ambito di una stessa lingua naturale, se quest'ultima è impiegata per le necessità di più sistemi di diritto²⁰. A ciò deve aggiungersi il carattere pro-

nell'ordinamento giuridico finlandese), sia nel caso della traduzione, ad esempio a fini comparatistici, di un testo normativo in lingue naturali diverse da quella della sua redazione originaria. In entrambi i casi, infatti, pur nella rispettiva specificità dei problemi che ciascuno di essi comporta, la traduzione intrattiene un doppio legame con l'interpretazione perché tanto il suo oggetto (il testo da tradurre) quanto il suo risultato (il testo tradotto) presuppongono e al tempo stesso rinviano al comune contesto di un particolare ordinamento giuridico con una propria identità, unitaria anche se non univoca, e con una specifica cultura giuridica che ne integra e ne connota tratti e caratteristiche distintive».

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. M. RUDVIN-C. SPINZI, *Mediazione linguistica e interpretariato: Regolamentazione, problematiche presenti e prospettive future in ambito giuridico*, Bologna, 2013, 131.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. M. VIEZZI, *Introduzione alle problematiche della traduzione giuridica con particolare riferimento alla traduzione di testi in lingua inglese*, in F. SCARPA-G. DI MAURO (a cura di), *Traduzione, società e cultura*, Trieste, 1994, 18, citato da RUDVIN-SPINZI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Cfr. G. ZACCARIA, *Tradurre e interpretare*, in *Ars Interpretandi*, 11 (2006), 199-200.

²⁰ «Così il Besitz dei tedeschi e degli svizzeri non è il Besitz degli austriaci poiché il secon-

teiforme del linguaggio giuridico, a seconda delle intenzioni del legislatore e del fine che la norma giuridica si prefigge²¹.

Rispetto alla versione rassicurante del diritto privato, come frutto di saperi e dialetti locali, che occasionalmente possono venire in contatto con altre realtà, attraverso il diritto internazionale privato, e quindi tendenzialmente impermeabili ad influenze esterne, il giurista comparatista può spesso rivestire un ruolo ed una funzione dissacranti.

Bisogna, d'altra parte, riconoscere che essere aperti a chiavi di lettura originali, richiamando altre discipline e confrontandosi con diversi approcci, permette di sperimentare; così nascono i lavori più interessanti che rompono con i paradigmi tradizionali. L'innovazione della ricerca, in altre parole, sovente si ottiene con i lavori che cambiano prospettiva in modo inusuale per un giurista, interessandosi anche di altre discipline, incluse la storia e la letteratura²².

Così è a dirsi per la tesi dai tratti provocatori, per un giurista che predichi la purezza delle tradizioni romanistico-continentali, secondo la quale Gaio, ovvero uno dei principali giureconsulti e fucina del diritto romano, fosse un nero, latore di una cultura "diversa", grazie alla quale arricchire in modo determinante la preesistente esperienza²³.

Ma la stessa *vis* dissacrante può cogliersi laddove si indaghi sulla "crisi di identità" in cui versano gli ordinamenti giuridici nazionali, assediati da nuove forme di produzione giuridica che travalicano i confini politici, in modo a volte manifesto, altre volte sotterraneo²⁴. Su questo versante, il comparatista potrebbe incarnare, non necessariamente una volontà di cambiamento ad ogni costo, ma paradossalmente una 'coscienza conservativa' della tradizione giuridica nazionale, perché più avvezzo di altri a coglierne le progressive e surrettizie metamorfosi verso altri modelli tacitamente imposti.

Un simile ampliamento di prospettive, però, tende inevitabilmente ad aggiornare e potenziare l'identità originaria della comparazione giuridica, non più solo analisi e confronto tra norme di ordinamenti diversi, ma indagini sul-

do, a differenza del primo, implica non solamente un controllo del soggetto sulla cosa, ma anche la sua intenzione di essere proprietario del bene», R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, 5, 126.

²¹ Cfr. G. TARELLO, *Osservazioni sull'individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 19, 405-435.

²² Così G. CALABRESI, in N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *N.G.C.C.*, 2015, II, 29.

²³ P.G. MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, 51 *Hastings L. J.*, 479 (2000).

²⁴ T. MAZZARESE, *op. loc. ult. cit.*; M.G. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, *passim*; F. VIGLIONE, *I "confini" nel diritto comparato*, in *N.G.C.C.*, 2011, II, 162 ss.

l'essenza stessa del diritto, sulle dinamiche sociali che ne determinano l'evoluzione.

Se si decida di sperimentare la contaminazione, come suggerisce anche l'approccio di questo libro, il punto d'osservazione del comparatista è sicuramente privilegiato. La constatazione del predominio dell'inglese giuridico e del *common law* statunitense, nel superare l'incomunicabilità e le barriere linguistiche in un mondo globalizzato, si accompagna ad una valutazione di efficacia delle regole di diritto nel perseguire obiettivi di efficienza economica. Di qui, un'attrazione funzionale, e per certi versi fatale, del diritto comparato verso il metodo e le terminologie dell'analisi economica del diritto²⁵.

Un importante contributo critico viene da chi nutre riserve su un approccio economico unilaterale al diritto, preferendo porre diritto ed economia su un piano paritario di interazione e verifica (*Law and Economics*). Molti sono, poi, gli indici secondo cui vi potrebbe essere una sopravvalutazione dell'*Economic Analysis of Law*, la cui funzione rischia, tra l'altro, di essere travisata da una decontestualizzazione e indiscriminata trasposizione in altre culture.

Al netto di queste considerazioni, forse una "saggezza attuale del codice civile" permetterebbe, in molti casi, di raggiungere soluzioni operative, non solo efficienti, ma ancor più sensibili (sul piano della giustizia distributiva) ed umanizzanti, rispetto ai canoni dell'analisi economica del diritto.

Ecco dunque affacciarsi prospettive d'indagine inedite, che guardino al binomio "modelli giuridici dominanti-teorie economiche vincenti" e a come tali equilibri si riverberino sul complesso rapporto tra linguaggio e culture giuridiche.

In questa sede, si potranno solo abbozzare alcune riflessioni seminali in tal senso, valorizzando la sensibilità e varietà dell'apporto giurisprudenziale. D'altra parte, proprio una ponderata riflessione comparatistica consiglia di prediligere un percorso critico verso la matrice efficientista-utilitaristica dell'analisi economica del diritto, nel solco di una dialettica interdisciplinare più ampia che non disdegni il ricorso a collegamenti inediti. Tra i modi di guardare a regole ed istituzioni giuridiche, e più in generale ai prodotti della cultura giuridica, da un altro punto di vista, ricordiamo, oltre al *Law and Economics* e al *Law and Ethics*, il *Law and Humanities* (diritto e cultura)²⁶. Si tratta di un cam-

²⁵ Si è osservato autorevolmente come l'EAL (*Economic Analysis of Law*), seppur provocando «una crisi del pensiero giuridico tradizionale», lo arricchisca «perché fornisce una chiave universale per esaminare gli ordinamenti giuridici, che consente ai giuristi di non restare prigionieri dei singoli diritti positivi nei quali operano; e perché fornisce uno strumentario per sottomettere anche lo Stato ad alcune regole (non esiste intervento pubblico che non abbia costi)». Cfr. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss.

²⁶ Cfr. G. MARTYN-S. HUYGEBART, *Twenty New Contributions to the Upcoming Research Field of Historical Legal Iconology*, in S. HUYGEBART et al. (eds), *The Art of Law. Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the*

po di studio essenzialmente interdisciplinare, che esplora le interazioni del diritto con il mondo, attraverso le discipline umanistiche dello studio dei classici della letteratura, della poesia, della musica e del cinema.

Un nesso che, a mio avviso, si presta più di altri ad un'esigenza epistemologico-didattica è quello del *Law and Cinema* cui ho cercato di attingere soprattutto per il suo forte simbolismo e la sua presa empatica. Il cinema può servire a rappresentare i costumi e l'immaginario umano; così, riproduce vividamente casi giudiziari, oppure preconizza fantasiosamente dilemmi di cui il giurista dovrà in futuro occuparsi.

Tracciate le direttrici cui il lavoro è improntato, se ne possono indicare sinteticamente i contenuti.

La prima parte (Diritto privato ed opportunità della comparazione giuridica) mira a mostrare opportunità e utilità dell'approccio comparatistico ai fini di uno studio più consapevole del diritto privato e dell'ampiezza delle sue soluzioni. D'altro lato, si cerca di evidenziare il vasto raggio di possibilità offerte dalla comparazione nel ricavare nuovi spunti di riflessione e prospettive d'indagine originali. Il costante riferimento critico a testi giurisprudenziali appare utile ad introdurre una comparazione delle tradizioni giuridiche, soprattutto di *civil law* e *common law*.

I riferimenti di giurisprudenza sono qui funzionali all'esemplificazione dei temi affrontati, indicando chiavi di lettura o domande-guida.

Nella seconda parte (Contributo interdisciplinare e paradigmi di *Law and Economics*) si affronta il tema degli approcci interdisciplinari, con particolare riferimento agli studi di *Law and Economics*. Ciò conferma l'utilità di spunti analitici provenienti da altri campi del sapere, come il contributo psicologico del *Behavioral Law and Economics* e quello umanistico di *Law and Literature* (con riferimenti anche al *Law and Cinema*).

Nella terza parte (Lecture interdisciplinari), vengono affrontati temi più specifici, ponendo in risalto alcune pronunce giurisprudenziali significative, che offrono valido spunto per sviluppare gli approcci analitici già delineati nelle prime due parti²⁷. Mentre nell'Europa continentale l'insegnamento delle materie giuridiche è stato tradizionalmente concepito in chiave di astratta sistematizzazione, nell'esperienza statunitense – soprattutto – gli studiosi ed esperti si so-

First World War, Springer, 2018, 7 ss., e, ivi, ampie indicazioni bibliografiche; nonché, A. SARAT-M. ANDERSON-C.O. FRANK (eds), *Law and Humanities: An Introduction*, Cambridge, 2010, *passim*.

²⁷ Da segnalare, in tema, la preziosa indagine di A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, sugli stimoli comparatistici cui si è dimostrata sensibile la giurisprudenza italiana, con una particolare attenzione alle evoluzioni storiche di queste tendenze. Il criterio qualificante è costituito dalla presenza o meno di elementi di "estraneità" nelle fattispecie oggetto di esame, mentre l'analisi della giurisprudenza diviene occasione per una trattazione sistematica del ruolo della comparazione.

no avvalsi della casistica giurisprudenziale per estrarre i principi di diritto che governano le diverse materie, concependo gli stessi manuali universitari in base al *case law* (case-books). La crescente influenza del precedente giurisprudenziale, anche nelle realtà di *civil law*, consiglia di valorizzare questo approccio metodologico, specie in prospettiva comparatistica²⁸.

In alcuni casi le pronunce sono presentate integralmente, in altri, per comodità espositiva, sono divise in singoli brani commentati.

²⁸Tra gli autorevoli, nonché rari, contributi in tal senso, cfr. G. GORLA, *Il contratto. Vol. I - Lineamenti generali. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico. Vol. II - Casistica e problemi. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954-1955 (soprattutto il vol. II).

Parte Prima

Diritto privato ed opportunità della comparazione giuridica

Sommario: 1. Diritto privato: rilievi introduttivi. – 2. Diritto al nome: una lettura costituzionale. – 3. Comparazione giuridica: rilievi introduttivi. – 4. Utilità della prospettiva comparatistica. – 5. L'esempio dei *punitive damages*. – 6. La spiaggia australiana e le *res communes omnium*. – 6.1. Beni pubblici e proprietà privata: tra diritto comparato ed economia. – 6.2. Lettura: la tutela del demanio marittimo. – 7. Rilievi sulla tradizione giuridica occidentale: dalla “comparazione per contrasto” alla “comparazione integrativa”. – 7.1. Codificazione e ritorno alla comparazione “per contrasto”. – 7.2. Tendenze omologanti nella comparazione giuridica odierna. – 8. Rilevanza identitaria e sistemica del linguaggio e traduzione giuridica. – 9. *False friends* e retaggi storico-concettuali del linguaggio giuridico. – 9.1. *Rechtsgeschäft*: l'invenzione del negozio giuridico. – 9.2. *Equity* ed equità. – 9.3. *Jeopardy* ed *estoppel*. – 9.4. *Contract* e contratto. – 9.5. *Property*, proprietà e possesso. – 9.6. *Torts* e responsabilità civile: linee evolutive. – 10. Il caso del *trust*. – 10.1. *Trust* e fedecomesso: una lettura giurisprudenziale. – 10.2. Un brano tratto da “Il malato immaginario” di Molière. – 11. L'assenza di radici linguistico-culturali comuni e il contributo del diritto comparato. – 11.1. Lettura: diritto alla genitorialità e mediazione linguistica.

1. Diritto privato: rilievi introduttivi

La terminologia giuridica ha una propria storia che in gran parte preesiste agli Stati moderni. Essendo un fenomeno collegato all'evoluzione sociale, il diritto ha preso sovente in prestito espressioni nate per altri scopi e le ha adattate ai propri. Risalendo all'etimo delle parole possiamo ricostruirne il significato e introdurre alcuni concetti.

“Diritto”, di cui *recht* è l'equivalente tedesco, è una parola che evidenzia la radice latina *regere* (governare), da cui anche *rex*, il re, e *regula*, la regola¹.

Dunque, il diritto è un portato del principio di autorità e, in quanto tale, consiste nell'insieme delle norme poste dallo Stato per guidare e disciplinare la comunità e i comportamenti dei suoi membri. D'altro lato, comminando sanzioni a fronte di violazioni del precetto, il diritto serve a impedire che ciascuno si faccia giustizia da sé, servendo così a prevenire violenze e vendette private.

La parola “legge” deriva dal latino *lex*, le cui origini sono discusse. Da un lato, lo si riconduce al verbo *legere*, cioè leggere ad alta voce², dall'altro a *ligàre*, cioè legare, perché obbliga, mentre altri ancora fanno risalire le origini alla radice indoeuropea *Lagh*, cioè porre, giacere, che darebbero al vocabolo il significato di regola posta, positiva³. Insomma, *lex* richiama forse l'idea di un patto vincolante, una convenzione solenne tra individui, o tra gruppi, o tra il re e il popolo, con la caratteristica di essere scritta: dunque un complesso di regole stabilite in un testo⁴. D'altra parte, la parola obbligare, dal latino *obligàre*, sarebbe dovuta alla composizione di *ob* (verso, per) e *ligàre*, legare, indicando proprio il vincolo giuridico o morale che lega la volontà dell'uomo.

Per Aristotele è meglio che governi la legge che un qualsiasi cittadino. Anche se è necessario che alcuni uomini governino, costoro bisogna costituirli guardiani delle leggi e subordinati alle leggi, contrapponendo il governo di Dio e della ragione al governo dell'uomo, col suo tratto bestiale: «la legge è ragione senza passione»⁵. Ciò rinvia all'idea dei limiti imposti ai membri di

¹ Cfr. G. IUDICA-P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 17ª ed., Padova, 2016, 1-3.

² P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, trad. it., Milano, 1987, 91.

³ Cfr. F. BONOMI (a cura di), *Vocabolario etimologico della Lingua Italiana di O. Pianigiani*, 2004-2008 (www.etimo.it); M. CORTELAZZO-M.A. CORTELAZZO (a cura di), *Il nuovo etimologico. DELI: Dizionario Etimologico della Lingua Italiana di Manlio Cortelazzo e Paolo Zolli*, Bologna, 1999, 860, riferisce il significato del latino *lēge* alla “vincolante norma religiosa”.

⁴ G. IUDICA-P. ZATTI, *op. cit.*, 3.

⁵ ARISTOTELE, *Politica. Costituzione degli Ateniesi*, trad. it. a cura di R. Laurenti, Bari, 1972, Libro III, 16, 1287, 177, citato a proposito della *Rule of Law* da Lord Bingham, *Lectio Magistralis. The Rule of Law*, (dispensa), Univ. Roma Tre, 14 marzo 2008, 1-2.

una data comunità con lungimiranza e nel loro stesso interesse, limiti che vanno custoditi.

Il diritto, *ius* (gen. *iuris*), era considerato come un insieme di consuetudini e prassi esistenti da tempo immemorabile, ma non interamente rivelate. La *lex* costituiva l'esteriorizzazione dello *ius*⁶, la pubblicazione, vincolante, di ciò che era *ius*⁷.

In un celebre passaggio dell'Odissea che contiene in sé una metafora, Ulisse, volendo udire il canto delle Sirene, ma prevedendo che non avrebbe resistito alla tentazione, adotta la precauzione di legarsi all'albero maestro, ordinando ai suoi uomini di non liberarlo in nessun caso⁸. In questo modo, egli pone una regola vincolante ed inderogabile, anche rispetto a suoi successivi ordini.

Prima di iniziare questo percorso, è opportuno ricordare due massime, scolpite nelle compilazioni giustinianee per mano del giureconsulto romano Ulpiano: «*Ius est ars boni et aequi*»⁹ ed «*Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*»¹⁰. Il diritto, come arte del buono e dell'equo, mira ad indurre i consociati a comportarsi correttamente e lealmente gli uni con gli altri, a non danneggiare il prossimo, riconoscendo a ciascuno ciò che gli spetta¹¹.

Il diritto è fatto essenzialmente di prescrizioni, cui si accompagnano sanzioni, dirette a regolare le interazioni sociali in vista del mantenimento della pace e della giustizia. Lo Stato è munito anche di apparati per far osservare la legge. Uno dei principali tratti distintivi dell'esperienza giuridica dell'antica Roma è stato significativamente individuato in una graduale emancipazione da una concezione penale dell'illecito, a favore di un'ottica compensativa (*aestimatio rei*)¹².

Venendo ai giorni nostri, secondo l'efficace metafora di Hans Kelsen, co-

⁶P. STEIN, *op. cit.*, 91.

⁷*Ibidem*.

⁸Cfr. G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse, 1985, 131, nota 52.

⁹«Il diritto è l'arte di ciò che è buono ed equo». La definizione è riportata da Ulpiano nell'incipit delle sue *Institutiones* ed è attribuita a Celso (II sec. d.C.), in seguito utilizzata anche nei Digesta, sotto il titolo *De iustitia et iure* (D. 1,1,1). Cfr. F. VASSALLI, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, 1951, poi in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. III, t. 2, Torino, 1960, 777.

¹⁰Cfr. ULPIANO, D. 1.1.10; la frase completa era: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» («La giustizia è la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto. Le regole del diritto sono queste: vivere onestamente, non recare danno ad altri, attribuire a ciascuno il suo»).

¹¹Cfr. G. IUDICA-P. ZATTI, *op. cit.*, 2.

¹²Cfr. B. ALBANESE, *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50 ss.

me tutto ciò che Re Mida toccava si trasformava in oro, così tutto ciò cui il diritto si riferisce assume carattere giuridico¹³. Ma, mentre Kelsen mette al centro la norma giuridica, in quanto formalmente posta, altri ne enfatizzano il momento di concreta applicazione ed interpretazione, l'effettività (giusformalismo v. giusrealismo)¹⁴.

L'aggettivo "privato", abbinato al termine diritto, ne circoscrive l'ambito; il passaggio alla nostra più specifica *sedes materiae* può essere illustrato con alcuni nessi concettuali.

Il primo di essi attiene alla parola *privus* (*colui che sta da sé, singolo*)¹⁵ ed indica l'inerenza del diritto ad interessi dei singoli consociati, interessi attinenti alla loro sfera prevalentemente patrimoniale, ma anche personale e familiare e distinti da quelli della collettività. Con "diritto privato" si intende, infatti, quella branca fondamentale del diritto positivo di uno Stato che disciplina le relazioni interindividuali dei singoli (persone fisiche o persone giuridiche)¹⁶.

Il diritto pubblico, secondo una classica contrapposizione, disciplina l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici, regolando la loro azione interna e poi quella di fronte ai privati, nella misura in cui si svolga da una posizione di supremazia¹⁷. Ma, considerate le molte zone d'ombra sussistenti tra i due concetti (diritto pubblico e diritto privato), la suddetta distinzione sembra improntata ad un valore più tradizionale e storico che non razionale e scientifico¹⁸.

Nella sostanza, è interessante notare che le relazioni giuridiche interindividuali (i rapporti giuridici) hanno normalmente come presupposto la titolarità di un diritto, come posizione giuridicamente tutelata con un'azione in giudizio.

A tal proposito vale la pena segnalare un ulteriore nesso concettuale: il verbo "privare" significa «Togliere a qualcuno qualcosa che è suo, renderlo privo, mancante, sprovvisto di qualcosa che possedeva, che gli era proprio o a cui comunque aveva diritto»¹⁹.

Il proprietario Alfa può pretendere, in quanto titolare, che nessuno attraver-

¹³ ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 161.

¹⁴ Cfr. ad esempio, R. POUND, *Contemporary Juristic Theory*, Claremont, California, Pomona College, Scripps College, Claremont Colleges, 1940, 75, 79.

¹⁵ Cfr. voce: *Privare*, in N. ZINGARELLI (a cura di), *Lo Zingarelli, 2005, Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2004, 1407.

¹⁶ Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 19ª ed., Milano, 2009, 22-23.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, voce *Enc. dir.*, XII, 1964, 698 ss.

¹⁹ Cfr. voce *Privare* in *Vocabolario Treccani Online* (<http://www.treccani.it/vocabolario/privare1/>). Ma vedi anche *supra*, nota 5.

si il suo fondo senza aver ottenuto il suo consenso. Riconoscere un diritto di carattere patrimoniale ad Alfa comporta normalmente un arricchimento di quest'ultimo. Al contempo ciò ha un riflesso negativo su Beta che non riceverà alcun vantaggio e sarà probabilmente gravato da un obbligo: ad esempio, non violare il diritto di Alfa. Infatti, Beta non deve attraversare il fondo di Alfa senza il suo consenso e normalmente dovrà per questo accordarsi con il proprietario per la corresponsione di un prezzo che quest'ultimo considera vantaggioso.

Beta, quindi, è un soggetto che risentirà una privazione nel godimento dei propri diritti per il fatto che Alfa ne ha di più. Attribuire un beneficio a qualcuno impone, di riflesso, un costo su qualcun altro²⁰.

La dinamica descritta è alla base dei principali istituti del diritto privato; la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, infatti, si occupano dei criteri per allocare beni e risorse, e per individuare a chi spettino questi ultimi e in che modo possano circolare.

Si pensi al proprietario Alfa del fondo (dominante), che ha diritto di passaggio sul fondo (servente) di Beta. A ricaverà dalla servitù – *easement* nell'ambito di *common law*²¹ – il vantaggio di poter risparmiare tempo per raggiungere agevolmente la via pubblica, ma Beta vede ridursi il suo spazio di godimento esclusivo e indisturbato del fondo²².

Il diritto privato palesa qui un suo tratto caratteristico, quello di delineare quali diritti spettino all'individuo: cosa l'ordinamento giuridico ritenga di poter lasciare all'autodeterminazione del privato e in che forme, e cosa, invece, riserva a sé ed alla propria decisione²³. In tal senso, è vero che, per la gran parte, il diritto privato, piuttosto che rivestire natura imperativa, è diritto dispositivo, che appresta *default rules*, suscettibili di essere derogate per volontà dei privati. Ma è anche vero che è un sistema basato sulla titolarità individuale di diritti ed obblighi, postulata secondo modelli ben precisi che rispecchiano l'evoluzione del sentire sociale ed i rapporti economici vigenti in una determinata comunità.

²⁰ G. CALABRESI-D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.*, 1089 (1972) su cui si veda G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980, 214 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 47-48, con riferimento al paradigma tradizionale della teoria dei beni che fa consistere nella scarsità una delle condizioni per la tutela giuridica.

²¹ «An interest in land owned by another person, consisting in the right to use or control the land, or an area above or below it, for a specific limited purpose (such as to cross it for access to a public road). The land benefiting from an easement is called the *dominant estate*; the land burdened by an easement is called the *servient estate*». Cfr. voce *Easement*, in B.A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, 1990.

²² Cfr. art. 1051 c.c. (Passaggio coattivo).

²³ Sul concetto di ordinamento giuridico, v. *infra*, cap. 3.

Possono esservi situazioni che sfuggono a questa logica; pensiamo a cose che per loro stessa natura, o per destinazione pubblica, siano aperte alla fruizione collettiva e sottratte al regime della proprietà privata. Pensiamo a monumenti d'interesse storico, artistico ed archeologico (art. 822 c.c.) che fanno parte del demanio pubblico²⁴; appartengono allo Stato e non potrebbero essere liberamente venduti da un privato, perché carente del relativo diritto.

La mente va al caso di scuola, tratto dal film "Tototruffa 62", dove il celebre comico nella veste di un simpatico truffatore raggira l'ingenuo turista italo-americano facendogli credere di essere titolato a vendere la fontana di Trevi²⁵.

L'esempio, ancorché banale, permette intuitivamente di riflettere sul fatto che taluni beni sono sottratti al regime della proprietà privata, proprio in quanto vincolati dalla norma giuridica a finalità di interesse pubblico. Ciò potrebbe ritenersi necessario per la stessa conservazione e migliore utilizzazione di quei beni. Si tratta di un ambito nel quale il diritto privato cede inesorabilmente terreno all'azione dello Stato ed al diritto pubblico e su cui torneremo più avanti.

Nel diritto privato si usa includere il diritto civile (persona, proprietà, obbligazioni, contratti, responsabilità civile, successioni, famiglia) e il diritto commerciale (impresa, lavoro e società commerciali).

Gli istituti su cui si basa il diritto civile, frutto di secolare sapienza, pongono al centro la determinazione del concetto di vita di relazione e l'idea di persona e di diritto soggettivo²⁶. Ma questi ideali punti di riferimento saranno concepiti in modo diverso a seconda dell'epoca storica.

Nel codice civile del 1942 si avverte l'influenza di una dimensione marcatamente autoritaria e produttivistica (agraria ed industriale), frutto anche del dibattito sui modi dell'intervento statale in economia sorto a proposito del confronto tra i modelli del New Deal statunitense e dell'Unione Sovietica²⁷.

Come osservato da Rodotà: «In epoche di decollo del sistema industriale l'intervento pubblico tende a favorire gli imprenditori dinamici, sacrificando ad esempio l'interesse del proprietario terriero assenteista. In tal modo, l'in-

²⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 277 ss.

²⁵ Nel film del 1961 (regia di Camillo Mastrocinque) l'inganno, tipico del dolo contrattuale (*ex art. 1438 c.c.*), viene perpetrato ottenendo da un turista poco lontano, intento a scattare alcune foto, un'elemosina gabellata alla vittima come il compenso per i diritti sulla riproduzione fotografica dell'opera.

²⁶ Cfr. F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 398; G.B. FERRI, *Ricordo di Filippo Vassalli a cinquanta anni dalla scomparsa*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 3, 686-687.

²⁷ *Ibidem*. Si pensi all'abrogazione delle norme corporative e segnatamente alla disciplina dell'art. 811 c.c. che poneva una differenza tra beni non produttivi e beni produttivi, sottoposti «alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica ed alle esigenze della produzione nazionale».

tervento pubblico non esprime immediatamente un interesse della collettività, ma si palesa come intervento di «scelta» tra diversi interessi privati, alcuni dei quali vengono privilegiati»²⁸.

Solo con la c.d. “defascistizzazione”²⁹ e la rilettura costituzionalmente orientata del codice civile si assisterà all’affermazione progressiva di un’impronta pluralistica e solidaristica dei rapporti civili ed economici³⁰.

Questa revisione critica è proseguita fino ai nostri giorni, rielaborando la natura stessa dei diritti soggettivi contenuti nel codice civile alla luce della Costituzione, nonché dei diritti e delle libertà fondamentali internazionalmente riconosciuti.

Il problema della rilevanza giuridica della persona e del suo corpo conduce nell’800, a chiarire che, mentre il paradigma proprietario non può essere applicato al corpo (ma al più a sue parti naturalmente separabili), quel modello può essere invece trasposto alle proiezioni immateriali della persona³¹; il dibattito costituisce il prodromo della moderna distinzione tra soggetto ed oggetto di diritto e getta le basi per una moderna teoria dei diritti della personalità³².

Questa dicotomia inerente alla persona riecheggia nella norma secondo la quale a ciascun individuo spetta, sin dalla nascita, la capacità giuridica, di cui all’art. 1 c.c., che è l’attitudine ad essere titolari di situazioni giuridiche soggettive (diritti ed obblighi)³³. Secondo l’art. 22 Cost. nessuno può essere privato, per

²⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Milano, 1971, 11.

²⁹ G.B. FERRI, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ Cfr. sulla lettura costituzionalmente orientata degli istituti civilistici, nonché sul ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la giurisprudenza ordinaria, P. PERLINGIERI-M. SESTA (a cura di), *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale*, vol. I, Napoli, 2007.

³¹ R. JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso: una revisione della teoria del possesso* (trad. it.), Milano, 1872, 115; F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), Torino, 1986, 53. Questa centralità della persona rispetto alla vicenda giuridica cui partecipa è ben scolpita nella massima secondo cui la persona è al centro del diritto e il diritto civile è il suo primo centro d’irradiazione (A. DE CUPIS, *Tutela giuridica della persona*, in ID., *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano, 1955, 49).

³² G. ALPA-G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, vol. 1, Torino, 2006, 203 ss.

³³ Si discute se, ed entro che limiti, la capacità giuridica possa sussistere, in funzione di una fittizia personificazione di elementi patrimoniali e morali destinati ad un certo fine meritevole di tutela. Alle c.d. persone giuridiche è riconosciuta una capacità giuridica, in funzione di un’autonomia ed impermeabilità patrimoniale, ma essa non può estendersi a tutte quelle vicende tipiche della persona umana, come, ad esempio, il matrimonio o la qualifica di passeggeri di un’automobile ai fini del transito su una corsia riservata (cfr. B. WILKINS, *California man argues corporations can ride in carpool lane*, in *Digitaljournal*, 7/1/2013). Si discute se la persona giuridica possa vantare diritti della personalità, come l’immagine e la libertà di espres-

motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome³⁴. Si tratta delle fondamenta sulle quali con un *fil rouge* che lega anche gli artt. 2 e 3 Cost. in tema di tutela dinamica della personalità umana, si costruirà un diritto soggettivo, più vasto e di rilievo costituzionale, all'identità personale³⁵.

La piena realizzazione della personalità umana richiede che l'ordinamento provveda a delinearne i prerequisiti, come quando l'art. 6, comma 2, c.c., enuncia che «ogni persona è identificata con un nome, che consta del nome in senso stretto, o prenome e del cognome».

Un primo modello di tutela civile della persona, riconducibile storicamente al BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) e al codice civile italiano del 1942, identificava la protezione dell'identità personale prevalentemente con il controllo sui segni distintivi del soggetto³⁶. Segni che erano configurati dogmaticamente in termini di diritti soggettivi ed erano protetti legislativamente attraverso *Property Rules* come testimonia il largo ricorso all'azione inibitoria nelle norme del § 12 del BGB e art. 7 c.c., con riguardo al nome, nonché del § 22 KUG (*Kunsturheberrechtsgesetz*) e art. 10 c.c., con riferimento all'immagine³⁷.

Nell'occuparsi di uno dei primi diritti che viene garantito alla persona, appena venuta ad esistenza, l'ordinamento giuridico è chiamato a compiere, sul piano del diritto oggettivo, una valutazione composita degli interessi in gioco, segnatamente quelli inerenti alla persona nata, ai genitori, alla generalità.

Ad esempio, gli uffici dell'anagrafe potrebbero rifiutarsi di assegnare ad una neonata il nome Andrea deciso dai genitori, poiché, nonostante in alcuni paesi contraddistingua persone di sesso femminile, in Italia individua normalmente soggetti di sesso maschile. Tuttavia, la Cassazione ha recentemente riconosciuto il diritto dei genitori di scegliere quel nome, anche se potenzial-

sione. Si vedano in senso affermativo, rispettivamente, Cass. civ., sez. III, sent. 4 giugno 2007, n. 12929 (in *Studium iuris*, 2007, 10, 1143 ss. con nota di M.V. DE GIORGI, *Risarcimento del danno non patrimoniale alle persone giuridiche*), e *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). In altre circostanze, è dibattuto se si possa configurare una vera e propria capacità giuridica, laddove vi sia semplice imputazione di diritti ed obblighi ad un unico centro di interessi (nascituro, eredità giacente, fondo comune di investimento, diritti della personalità del defunto, etc.). Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto (linee di una vicenda concettuale)*, in *Jus*, 1960, 149 ss.; A. BUSANI-A. FEDI, *Fondi comuni d'investimento con personalità e patrimonio*, in *Il Sole 24 ore*, 13 settembre 2016.

³⁴ Cfr. per la distinzione tra situazioni giuridiche della persona (c.d. esistenziali) e situazioni giuridiche patrimoniali (attinenti all'avere), P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 294.

³⁵ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IX, 1993, 294 ss.

³⁶ Cfr. G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 330.

³⁷ *Ibidem*.

mente latore di confusione sul sesso del suo portatore³⁸. La questione si potrebbe porre anche in altri casi come quello dei cognomi stranieri, la cui corretta pronuncia nel paese ospite richiederebbe modifiche sostanziali alla loro grafia (c.d. naturalizzazione del nome)³⁹.

La storia del diritto privato, sia europea che nordamericana, è fatta di una continua evoluzione e di un ricorrente ‘confronto’ tra legislatore, dottrina e giurisprudenza, soprattutto Costituzionale, che rispecchia, tra l’altro, le problematiche derivanti dai cambiamenti del sentire sociale⁴⁰. Si pensi al principio di eguaglianza e non discriminazione che ha comportato profondi cambiamenti, tra l’altro nel diritto di famiglia dal 1942 ad oggi; il concetto di ‘patria potestà’ è stato prima soppiantato, in funzione del principio di eguaglianza tra i genitori, con ‘potestà genitoriale’ nella riforma del 1975, poi ulteriormente adattato a una più pregnante considerazione dell’interesse dei figli con la ‘responsabilità genitoriale’⁴¹.

2. Diritto al nome: una lettura costituzionale

In base al codice del 1942, non era possibile aggiungere il cognome mater-

³⁸ Cass., sent. 20 novembre 2012, n. 20385. Cfr. art. 8 CEDU e art. 3, d.P.R. n. 396/2000.

³⁹ Il problema ad esempio si poneva con la prassi brasiliana (in voga tra le due guerre) di conformare i cognomi degli immigrati italiani alla tradizione onomastica portoghese, salvo suscitare problematiche in ordine al successivo riconoscimento della cittadinanza italiana ai discendenti in base al cognome originario. Cfr. la nota a sentenza, *Brasileiro que se torna cidadão de outro país pode mudar nome para adequar grafia*, in *Revista Consultor Jurídico*, 24 de maio de 2016. Per ulteriori approfondimenti, cfr. K. SIEHR, *Right of Personality in European Private International Law: The Law of Personal Names*, in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, 251 ss.; C.F.W. LARSON, *Naming Baby: The Constitutional Dimensions of Parental Naming Rights*, in *The George Washington Law Rev.*, 2011, vol. 80, 159 ss.; P. CARBONE, *Migrazioni e cittadinanza nell’era della globalizzazione: riflessioni di un comparatista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 4, 679 ss.

⁴⁰ Come osservano R. COOTER-T. ULEN, *Law and Economics*, 6th ed., Berkeley, 58: «Constitutions are necessarily general and vague, so their interpretation is especially problematic. The power to review legislation for its constitutionality gives courts the power, in principle, to set aside laws enacted by the legislature. This power is potentially dangerous because it brings judges into conflict with the elected representatives of the nation. The extent to which this power is exercised varies greatly from one country to another. In the United States, the federal courts have few limits on their ability to strike down laws that, in the courts’ opinion, contradict the Constitution. Some of the most profound laws in America have been made by courts interpreting the Constitution, as in *Brown v. Board of Education* in 1954, which eventually ended laws mandating racial segregation of schools. In other countries, such as Great Britain, the courts do not have the power to review statutes for their constitutionality, and the courts never strike down legislation as unconstitutional. The scope of constitutional review, which is fundamental to the power and prestige of courts, has no necessary connection with whether the country’s legal tradition is common or civil law».

⁴¹ Art. 316 c.c., come riscritto dall’art. 39, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

no a quello paterno. La Corte Costituzionale dimostra, nel provvedimento presentato qui di seguito, di poter imprimere una spinta evolutiva alle norme codicistiche, attraverso i valori proclamati nella Costituzione, a supplenza di un legislatore inerte.

Si evidenziano le seguenti questioni e chiavi di lettura: quali sono le norme oggetto del giudizio di incostituzionalità? Quali diritti prevalgono nell'ottica costituzionale? Viene considerata l'autorità di altre fonti (oltre a Costituzione e codice) e corti in questo percorso argomentativo?

Corte cost., sent. 21 dicembre 2016, n. 286.

«*Omissis* ... la Corte d'appello di Genova ha sollevato – in riferimento agli art. 2, 3, 29, 2° comma, e 117, 1° comma, Cost. – questione di legittimità costituzionale della norma desumibile dagli art. 237, 262 e 299 c.c., 72, 1° comma, r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 (ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 (regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, 12° comma, L. 15 maggio 1997 n. 127), nella parte in cui prevede “l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori”. È denunciata, in primo luogo, la violazione dell'art. 2 Cost., in quanto verrebbe compresso il diritto all'identità personale, il quale comporta il diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali. Viene, inoltre, evidenziato il contrasto con gli art. 3 e 29, 2° comma, Cost., poiché sarebbe lesa il diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nei confronti dei figli e dei coniugi tra di loro». «*Omissis* ... 3. – La questione sollevata in riferimento agli art. 2, 3 e 29 Cost. è fondata».

«*Omissis* ... Nel caso in esame, la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno è oggetto di censura per la sola parte in cui non consente ai genitori – i quali ne facciano concorde richiesta al momento della nascita – di attribuire al figlio anche il cognome materno. 3.2. – Così ricostruito l'oggetto della presente questione, va rilevato che già in precedenti occasioni questa corte ha esaminato la disciplina della prevalenza del cognome paterno, al momento della sua attribuzione al figlio, ma ha dichiarato inammissibili le relative questioni, ritenendole riservate alla discrezionalità del legislatore, nell'ambito di una rinnovata disciplina. Tuttavia, già nell'ordinanza n. 176 del 1988, cit., è stato espressamente riconosciuto che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro» (v. anche ordinanza n. 586 del 1988, cit.). Diciotto anni dopo, con ancora maggiore fermezza, nella sentenza n. 61 del 2006, in considerazione dell'immutato quadro normativo, questa corte ha espressamente rilevato l'incompatibilità della norma in esame con i valori costituzionali dell'uguaglianza morale

e giuridica dei coniugi. Tale sistema di attribuzione del cognome, infatti, è definito come il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna». 3.3. – A distanza di molti anni da queste pronunce, un «criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», non è ancora stato introdotto».

«*Omissis* ... Nella famiglia fondata sul matrimonio rimane così tuttora preclusa la possibilità per la madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, nonché la possibilità per il figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome della madre. 3.4. – La corte ritiene che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare. 3.4.1. – Quanto al primo profilo di illegittimità, va rilevato che la distonia di tale norma rispetto alla garanzia della piena realizzazione del diritto all'identità personale, avente copertura costituzionale assoluta, ai sensi dell'art. 2 Cost., risulta avvalorata nell'attuale quadro ordinamentale. Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost. È proprio in tale prospettiva che questa corte aveva, da tempo, riconosciuto il diritto al mantenimento dell'originario cognome del figlio, anche in caso di modificazioni del suo status derivanti da successivo riconoscimento o da adozione. Tale originario cognome si qualifica, infatti, come autonomo segno distintivo della sua identità personale (sentenza n. 297 del 1996, id., 1996, I, 3600), nonché «tratto essenziale della sua personalità» (sentenza n. 268 del 2002, id., 2003, I, 2933; nello stesso senso, sentenza n. 120 del 2001, id., 2002, I, 646). Il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale è culminato nella recente affermazione, da parte di questa corte, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona» (sentenza n. 278 del 2013, id., 2014, I, 4). In questa stessa cornice si inserisce anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con la l. 4 agosto 1955 n. 848. In particolare, nella sentenza C. c. Italia, del 7 gennaio 2014 (ibid., IV, 57), successiva all'ordinanza di rimessione in esame, la corte di Strasburgo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi».

si italiane». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, altresì, ritenuto che tale impossibilità non sia compensata dalla successiva autorizzazione amministrativa a cambiare il cognome dei figli minorenni aggiungendo a quello paterno il cognome della madre. La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno. 3.4.2. – Quanto al concorrente profilo di illegittimità, che risiede nella violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, va rilevato che il criterio della prevalenza del cognome paterno, e la conseguente disparità di trattamento dei coniugi, non trovano alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., né nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, 2° comma, Cost. Come già osservato da questa corte sin da epoca risalente, «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità» (sentenza n. 133 del 1970, id., 1970, I, 2047). La perdurante violazione del principio di uguaglianza «morale e giuridica» dei coniugi, realizzata attraverso la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, contraddice, ora come allora, quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale ratio giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi, ed in particolare, della norma sulla prevalenza del cognome paterno. Tale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica. 4. – Con la presente decisione, questa corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento dell'illegittimità è, pertanto, limitato alla sola parte di essa in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». «*Omissis* ... 5. – Ai sensi dell'art. 27 L. 11 marzo 1953 n. 87 (norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, alla disposizione dell'art. 262, 1° comma, c.c., la quale contiene tuttora – con riferimento alla fattispecie del riconoscimento del figlio naturale effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori – una norma identica a quella dichiarata in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza. Anche tale disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno. 5.1. – Per le medesime ragioni, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 L.

n. 87 del 1953, va estesa, infine, all'art. 299, 3° comma, c.c., per la parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione. 6. – Va, infine, rilevato che, in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità. Per questi motivi, la Corte costituzionale: 1) dichiara l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c.; 72, 1° comma, r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 (ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 (regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, 12° comma, L. 15 maggio 1997 n. 127), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno; 2) dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 L. 11 marzo 1953 n. 87 (norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, 1° comma, c.c., nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno; 3) dichiara in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 L. n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, 3° comma, c.c., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione».

Nella pronuncia, dunque, vengono dichiarati costituzionalmente illegittimi quegli articoli del codice riguardanti l'attribuzione del cognome al figlio (nato in costanza di matrimonio o meno o, ancora, adottato) nella parte in cui non consentivano ai coniugi di aggiungere il cognome materno a quello paterno.

Collegato alla sentenza e degno di approfondimento è l'originale tema dell'autodeterminazione dei privati in ordine all'attribuzione del nome. Possibili limitazioni alla libertà di scelta permangono nell'interesse del destinatario o della società. Si pensi a nomi che risultino ridicoli o incerti, tali da creare danni all'interessato, oppure a nomi che rendano complicata la pronuncia esatta se trasposti nella lingua ufficiale del paese dove il nome viene registrato, al problema del mantenimento di un cognome acquisito, anche dopo il divorzio, *etc.*

La tutela dell'identità personale, nella sua più ampia accezione⁴², può comprendere i seguenti aspetti dell'individuo: i) elementi psicosomatici, inclusi la sua immagine fisica, i suoi gesti, la sua voce, il suo tratto morale; ii) la dimensione socio-ambientale, come la sua immagine di vita, la storia personale, la sua reputazione, il suo credito, la sua identità sessuale, familiare, etnica, linguistica, politica, religiosa e culturale; iii) i segnali sociali di identificazione

⁴² Cfr. R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, 245-246.

umana, come il nome e lo pseudonimo, ma anche il riconoscimento della filiazione, la naturalità e il domicilio, che integrano il contenuto del bene personale dell'identità.

In prospettiva sovranazionale, si segnala una significativa tendenza, di cui è stata principale artefice la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a ridimensionare l'impostazione nazionalistica e patriarcale incarnata dalla tendenza a "naturalizzare" il nome nella lingua del paese ospite.

Il dibattito sviluppatosi sulla libertà in ordine all'autodeterminazione sulla scelta del nome è paradigmatico della necessità del diritto attuale di cimentarsi con la questione di fondo della crescita dei fenomeni migratori e della significativa affermazione di modelli sociali multietnici⁴³. Se guardiamo più attentamente la sentenza della Corte costituzionale sopra citata, la problematica della discriminazione della donna con riferimento all'assegnazione del cognome al figlio è stata solo parzialmente risolta. Infatti, il principio di eguaglianza vorrebbe che si potesse decidere anche di attribuire al figlio il solo cognome della madre, e, comunque di autodeterminarsi sull'ordine di assegnazione senza dover subire regole di default che propendano per il cognome dell'uomo. La Corte cost. n. 286 del 2016, su impulso di Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, aveva finito per limitare il proprio obiettivo ad un'apertura verso le tradizioni di doppio cognome (es. Spagna, Portogallo, America Latina). Un'ulteriore Sentenza costituzionale del 2022 (la n. 131⁴⁴) ha finalmente completato quel lavoro appena iniziato nel 2016, estendendo l'incostituzionalità delle norme citate, laddove negano il diritto dei genitori di decidere quale dei due cognomi trasmettere al figlio e in che ordine, rimettendo al giudice la decisione in caso di disaccordo tra di essi.

3. Comparazione giuridica: rilievi introduttivi

Con l'espressione "sistema giuridico", o anche ordinamento giuridico, intendiamo «un complesso operativo di istituzioni, procedure e norme giuridiche» vigenti in un dato territorio o per un gruppo particolare di persone⁴⁵.

⁴³ Cfr. E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 3, 218-224. M. DAVIDSON, *The Protection of Personal Names under English and German Law*, 1 King's College, London, 2017; G. ROSSOLILLO, *La Convenzione di Monaco del 1980 e la continuità del cognome*, in *N.G.C.C.*, 2016, 4/1, 533-541.

⁴⁴ Depositata il 31 maggio 2022, in *G.U.* 1 giugno 2022, n. 22.

⁴⁵ Cfr. J. MERRYMAN, *La tradizione di civil law*, citato da V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2018, 35.

Nel diritto comparato non ci si arresta allo studio della struttura e del funzionamento di un sistema giuridico, ma se ne approfondisce la riconducibilità a famiglie o tradizioni giuridiche più ampie, ovvero a «un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati, sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico, e sul modo in cui il diritto è, o deve essere, creato, applicato, studiato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale, lo immette in una prospettiva culturale»⁴⁶.

Come acutamente sostenuto, la comparazione richiede uno sforzo ulteriore al giurista positivo: guardare oltre la dimensione definitoria, in uso nei diversi paesi, per risalire al concreto operare della regola, anche se non esplicitato formalmente (regole operazionali v. enunciati formali)⁴⁷. Proprio questo *factual approach* rende possibile, in modi più o meno agevoli, confrontare fenomeni apparentemente distanti ed inconciliabili.

Comparare il diritto privato, alla luce dei due concetti citati (sistemico e tradizionale-culturale), potrebbe essere considerato un metodo di studio, una scienza giuridica autonoma, o persino uno strumento per realizzare un disegno politico di unificazione del diritto nei diversi Stati. Le ipotesi sono molteplici e si potrebbe riempire questo spazio portando ottime ragioni a favore dell'una o dell'altra prospettiva.

Il periodo nel quale la comparazione giuridica smette di costituire soltanto curiosità esotica o branca delle scienze politico-diplomatiche⁴⁸ per trasformarsi in una disciplina giuridica a sé stante si può far decorrere dal Primo Congresso Internazionale di Diritto Comparato, svoltosi a Parigi nel 1900 per iniziativa di Raymond Saleilles⁴⁹. Siamo agli albori della Società delle Nazioni, e all'idea che una cooperazione fattiva tra gli Stati per il progresso debba implicare una riflessione su come superare le barriere giuridiche che portano incomprensione e chiusura.

Il diritto comparato inizia, così, ad essere studiato in modo sistematico, ovvero, analizzando e raggruppando i vari diritti nazionali in un'ottica sovranazionale. Come insegnato da Konrad Zweigert e Hein Kötz: «si tratta di un processo intellettuale che ha il diritto come oggetto e la comparazione come

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. sulla necessità di orientare la ricerca verso le *operative rules*, Rudolf B. SCHLESINGER (General Editor), *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York, London, voll. I (pp. 1-910) e II (pp. 911-1701), 1968, recensito da R. SACCO, *Un metodo di lavoro nuovo: il seminario di Cornell*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 172 ss.

⁴⁸ Esemplare di questa impostazione è il contributo del MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 (*Lo spirito delle leggi*, Milano, 1996, 2 voll.).

⁴⁹ M. MÜLLER-CHEN-C. MÜLLER-C. WIDMER LÜCHINGER, *Comparative Private Law*, Zürich/St. Gallen, 2015, 3.

strumento»⁵⁰. Perciò esso ricomprende necessariamente più termini di paragone (*tertium comparationis*), non potendo esaurirsi al confronto tra norme e principi appartenenti ad un unico sistema giuridico nazionale. Se paragonassimo la disciplina sulle immissioni *ex art. 844 c.c.* e quella sul fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, ad esempio, saremmo nell'ambito del diritto privato *tout court*.

Il diritto comparato è lo studio dei sistemi giuridici o dei concetti giuridici di differenti paesi (o gruppi di paesi)⁵¹. Può essere anche concepito come studio delle relazioni tra questi diversi sistemi giuridici. Nell'ambito della comparazione giuridica tra sistemi, un comparatista dovrà considerare tanto le relazioni tra le regole, che quelle tra sistemi giuridici. Descrivere semplicemente un sistema giuridico straniero non equivale allo studio del diritto comparato, sebbene ricercare e veicolare alcune di quelle informazioni sia parte del lavoro del comparatista⁵². Il comparare sistemi giuridici o concetti giuridici richiede un procedimento più complesso.

Quindi è del tutto fisiologico che i comparatisti si concentrino su una particolare branca del diritto nei diversi sistemi giuridici; per esempio il diritto costituzionale comparato o il diritto delle obbligazioni comparato possono costituire oggetto di uno studio autonomo.

Si parla anche di macrocomparazione come opposta alla microcomparazione; la prima riguarda la comparazione degli ordinamenti o sistemi nella loro interezza. La seconda avrebbe ad oggetto ambiti più circoscritti, singoli istituti, questioni o norme giuridiche puntuali⁵³.

Ma, occorre sottolineare che anche questa prospettiva di indagine, apparentemente più ristretta, contribuisce in modo essenziale sia ad un piano di analisi sistemico più vasto, sia per ciò che concerne l'elaborazione dei metodi di ricerca. La c.d. microcomparazione è indispensabile per accrescere le conoscenze e le esperienze necessarie ad una elaborazione tassonomica.

Non si può inoltre prescindere da un'attenzione particolare al contesto, tanto che la storia dei sistemi giuridici e dell'economia dei paesi considerati, così come le loro strutture sociali, saranno normalmente elementi importanti da considerare per il comparatista⁵⁴.

L'eminente giurista americano Rudolf Schlesinger, sottolineando il punto di vista aperto e non dogmatico che deve contraddistinguere questa disciplina,

⁵⁰ H. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, Principi fondamentali*, vol. 1, Milano, 1998, 2.

⁵¹ P. VINES, *Comparative Approaches*, in S. HALLIDAY (ed.), *An Introduction to the Study of Law*, Edinburgh, 2012, 73.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, 7^a ed., Padova, 2016, 27.

⁵⁴ P. VINES, *op. loc. ult. cit.*

suggeriva trattarsi di «primarily a method, a way of looking at legal problems, legal institutions, and entire legal systems. By the use of the method of comparison, it becomes possible to make observations and to gain insights that would be denied to one whose study is limited to the law of a single country»⁵⁵.

Questo ampliamento di visuale è anche sintetizzabile nella famosa teoria dei formanti⁵⁶, secondo la quale metodo centrale per la comparazione giuridica – tanto attinente ad interi ordinamenti giuridici, quanto a singoli istituti – richiede di considerare diversi fattori che contribuiscono alla formazione del diritto. In questa prospettiva, si stagliano la componente legislativa (ciò che è previsto per legge approvata dal Parlamento), quella giurisdizionale (ciò che promana dall'autorità giurisdizionale), quella dottrinale (ciò che studiosi ed accademici professano). Ognuno di questi formanti può avere un diverso ruolo e peso nel singolo sistema considerato e ciò riveste una grande importanza per poterne delineare i profili caratteristici.

Ma non vanno ignorate, se si vuole ricostruire la *law in action*, senza fermarsi alla superficie della *law in books*⁵⁷, altre componenti, quali ad esempio, le prassi contrattuali uniformi diffuse a livello professionale-commerciale⁵⁸, le comunicazioni “massmediatiche” che contribuiscono alla circolazione dei modelli culturali e, quindi, giuridici. Allo stesso modo non vanno trascurati usi, consuetudini e norme sociali – norme tacite – che sovente prevalgono sul piano dell'effettività, rispetto alla norma positiva, specie se frutto di trapianto di modelli esteri, imposti forzatamente in un contesto sociale refrattario. D'altra parte, la regola può prescindere dalla lingua e preesistere, così come il diritto può sorgere direttamente dal fatto (*ex facto oritur ius*).

Il peso dei formanti e il loro ruolo costituiscono, come accennato, un passaggio ineludibile nell'analisi comparatistica.

Ad esempio, il valore normativo delle decisioni (*rules*) e le teorie (*doctri-*

⁵⁵ R.B. SCHLESINGER *et al.*, *Comparative Law: Cases-Text-Materials*, 6th ed., 1998, 2. Di recente, v. su tutto ciò, E. CALZOLAIO, *The Global Legacy of the Common Law*, in *The Western Australian Jurist*, 2016, vol. 7, 193 ss.

⁵⁶ R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, I, vol. 39, n. 2, 1991, 1 ss.; ID., *Formante*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 438 ss.; di recente, con riferimento alla nozione di “diritto vivente”, S. SICA, *Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018, 5.

⁵⁷ Si ricordi la famosa distinzione teorizzata da R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. Law Rev.*, 12-36 (1910), secondo cui il diritto, in quanto insieme di norme e principi astrattamente previsti per iscritto (*law in books*) prende vita solo in quanto concretamente interpretato ed applicato nelle corti di giustizia (*law in action*). Cfr. anche L.D. BRANDEIS, *The Living Law*, in *Illinois Law Rev.*, 1916, vol. X, n. 7, 461 ss.

⁵⁸ M. MÜLLER-CHEN-C. MÜLLER-C. WIDMER LÜCHINGER, *op. cit.*, 6-7.

nes⁵⁹) espresse nel precedente giurisprudenziale (*case law*) sono peculiari dei sistemi di *common law*. Non lo sono, o almeno non nella stessa misura, in ordinamenti di *civil law*, come quello italiano, dove la giurisprudenza svolge una funzione prevalentemente applicativa di norme di legge eterodeterminate, anche se un contributo interpretativo e nomofilattico è senza dubbio presente, ma senza scalfire quella sostanziale differenza.

La fotografia scattata dal comparatista deve includere tutti questi colori per poter decodificare il *logos* della singola fenomenologia giuridica indagata. Se l'ipotesi di lavoro è quella di un *quid* comune tra i diversi fenomeni osservati, l'obiettivo è soffermarsi sulle eventuali eterogeneità e interrogarsi sulle loro cause⁶⁰.

Vi possono essere quindi livelli diversi di approfondimento nella comparazione: vi può essere una comparazione superficiale, che si arresta alle norme positive, ed una più completa e consapevole, che raccoglie formanti diversi, arricchendoli anche con elementi propri dell'indagine interdisciplinare. La comparazione ci mostra anche come il diritto sia concetto molto vasto, capace di includere, in un dato sistema giuridico, molte cose: Costituzioni, leggi ordinarie, precedente giurisprudenziale, consuetudini, principi, dottrine, provvedimenti amministrativi, *etc.* Ma vi è il problema di come ciascun ordinamento ne interpreti la rispettiva forza, attribuisca all'una o all'altra fonte una posizione privilegiata in un'ideale scala gerarchica.

Si pensi alla differenza tra norme giuridiche e norme sociali o di costume. La distinzione non è ontologica, ma relativa e di carattere storico, riconducibile alla peculiarità degli ordinamenti. Di conseguenza, ciò che è considerato costume (es. regole di etichetta, comportamenti socialmente dovuti) in alcuni ordinamenti potrebbe essere ritenuto giuridicamente rilevante in altri. Come osservato da Norberto Bobbio, «In ogni società, accanto alle norme, la sanzione delle quali è abbandonata per lo più a una sanzione psicologica, vi sono norme la sanzione delle quali è affidata ad un'azione materiale»⁶¹. Un nucleo di regole essenziali alla comunità, soggette al potere coercitivo pubblico, è ciò che identifica la norma giuridica positiva da quella solo morale o sociale. Ma, proprio per questo, ciò che è diritto in certi Stati può essere mera norma sociale in altri e viceversa. Ciò conferma ulteriormente che il diritto, nella sua accezione più ampia, è una dimensione della civiltà, quindi va al di là dei posticci confini statuali⁶². Si potrebbe individuare un nucleo costitutivo di giuridicità in quelle

⁵⁹ Il *Black's Law Dictionary* (cit.), alla voce *Doctrine* spiega come tale termine assuma i significati di *rule, principle, theory, tenet of the law*.

⁶⁰ Cfr. P. STANZIONE, *Sui metodi del diritto comparato* (Introduzione a M. ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*), trad. it., Napoli, 1974, 28-29.

⁶¹ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010, 75.

⁶² Cfr. A. GUARNERI, *op. cit.*, 7 ss.

regole essenziali alla conservazione di una data comunità, distinte dalle regole inessenziali alla vita di quella stessa comunità⁶³.

Un caso emblematico della necessaria storicità e relatività del fenomeno giuridico è menzionato da Wagatsuma e Rosett⁶⁴ nel loro saggio seminale sulla peculiare valenza riparatoria che le scuse rituali rivestono in Giappone. Gli Autori ricordano il caso di una signora giapponese che era stata condannata per esportazione di valuta negli Stati Uniti a causa di una disattenzione nel compilare moduli sull'esportazione di valuta. La condanna era stata inflitta giudicando proprio le scuse quale decisiva prova confessoria della responsabilità, senza alcuna attenzione per il modo in cui le *apologies* sono considerate nella cultura giapponese.

Più di recente, una corte dell'India ha ritenuto il rimedio delle scuse pubbliche idoneo a contenere il risarcimento del danno alla reputazione prodotto da un articolo di giornale, ritenendo che le ricadute economiche di un risarcimento maggiore sarebbero state eccessivamente penalizzanti per la libertà di stampa del quotidiano, mentre le scuse potevano sortire un effetto riparatorio e deterrente più mirato⁶⁵. Nonostante sia stata riconosciuta la ragione del danneggiato, la corte calibra il rimedio tenendo conto di una valutazione dei costi e dei benefici nel caso specifico. La disamina di casi giurisprudenziali è molto utile ai fini della comparazione ed è per questo che i manuali di diritto comparato spesso appartengono al genere letterario del *casebook*⁶⁶.

4. Utilità della prospettiva comparatistica

Perché studiare questa materia? Sussistono molteplici e convincenti motivi. Innanzitutto, comparare aiuta ad uscire dal chiuso di una prospettiva di diritto positivo nazionale che si attesta ai confini politici, dimostrando che la scienza del diritto non può essere circoscritta e sminuita entro questi spazi⁶⁷.

⁶³ Cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010, 84-85; nello stesso volume v. anche, P. GROSSI, *Prefazione*, XXVI; nonché M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, 18 ss.

⁶⁴ H. WAGATSUMA-A. ROSETT, *The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and United States*, 20 *Law & Society Rev.*, 1986, 486-487.

⁶⁵ *Bridgestone Corporation Vs. Tolin Tyres Pvt. Ltd.*, CS (COMM) No. 375/2016 per un'annotazione: <http://www.mondaq.com/india/x/587674/Trademark/Delhi+High+Court+Takes+Strict+Action+Against+Tolin+Tyres+In+Bridgestone+V+Bridestone+Infringement+Case>.

⁶⁶ M. MÜLLER-CHEN-C. MÜLLER-C. WIDMER LÜCHINGER, *op. cit.*, 6 ed ivi testi citati, tra cui J.H. MERRYMAN-D.S. CLARK-J.O. HALEY, *The Civil Law Tradition*, Charlottesville, 1994, *passim*.

⁶⁷ La contrapposizione tra confini scientifici e confini politici, si deve a JHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, 1877, vol. III, § 46.

I risultati ne soffrirebbero per incompletezza⁶⁸.

Un'altra ragione, per avvicinarsi alla comparazione, è quella di "deprovincializzare" gli studiosi, ampliando le loro prospettive e mostrando come altri popoli elaborino modelli differenti e, nonostante ciò, sopravvivano e prosperino⁶⁹. Anche se talvolta tale obiettivo può risultare assai impervio, il raggiungerlo è una necessità storico-assiologica, non un vezzo, perché il diritto, anche quello privato, non può essere inteso come frutto di un dialetto locale. Come avvertiva Tullio Ascarelli, «Lo studio del diritto limitato ai confini di un solo paese o un solo popolo si mostra sempre insufficiente, non foss'altro per la stessa "umanità" della storia e del diritto; deve perciò essere studiato su un piano universale»⁷⁰.

Ciò si giustifica anche per motivi di carattere pratico, quali l'utilità per lo studioso, e per altri operatori del diritto, di approcciarsi con modestia alla conoscenza dei diritti stranieri, nell'ambito di un mondo sempre più connesso e interdipendente⁷¹. Inoltre, i sistemi giuridici stranieri sono una risorsa di idee e di esempi perché mostrano modi diversi di capire ed affrontare problemi sociali comuni. Specie in una fase storica in cui la connotazione territoriale delle attività umane è andata perdendo un ruolo qualificante a favore dell'universalità, spicca l'importanza di una relativizzazione dei modelli domestici.

A differenza di altre scienze (si pensi alle scienze esatte, alla chimica, alla medicina), nell'ambito giuridico il dato statale e territoriale rimane, però, fortemente condizionante. Il concetto di geodiritto come stretta interdipendenza del diritto rispetto al luogo in cui prende vita e viene applicato, al suo "bacino d'utenza", porta ad evidenziare l'importanza del rapporto tra norme giuridiche e luoghi⁷². Ciò è evidente anche nella forte connotazione nazionale del linguaggio e della cultura giuridica, anche se profondamente segnata da influenze esterne e da lingue veicolari a vocazione universale.

Oggi che la situazione è più fluida, la comparazione serve a contestualizzare il dato giuridico nazionale, superandone l'autoreferenzialità.

Il diritto comparato si presta per la sua stessa natura polimorfa alle contaminazioni interdisciplinari.

⁶⁸ Cfr. H. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: *Istituti*, ed. it. a cura di A. DI MAJO-A. GAMBARO, Milano, 1995.

⁶⁹ J.H. MERRYMAN *et al.*, *op. cit.*, 1 ss.

⁷⁰ ID., *Premesse allo studio del diritto comparato*, in ID., *Studi di diritto comparato ed in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 210; cfr. anche P. GROSSI, *Nobiltà del diritto: profili dei giuristi*, vol. I, Milano, 2008, 455, nota 31.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, *passim*; cfr., già, C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it., Milano, 1991.

Come vedremo il paradigma del “law and ...”, che combina lo studio del diritto ad altri campi del sapere, quali *economics*, *humanities etc.*, può arricchire notevolmente le prospettive e lo strumentario del comparatista.

Il diritto privato comparato viene solitamente distinto, anche se vi mantiene interessenze, dal diritto internazionale privato, dalla storia del diritto, dalla sociologia e dalla filosofia del diritto. Il primo – cioè il diritto internazionale privato – studia il diritto positivo domestico, in punto di norme che presuppongono collegamenti con diritti stranieri; dunque trova nella comparazione un naturale completamento. I secondi mancano dell’indispensabile prospettiva di confronto tra sistemi giuridici vigenti, propria del diritto comparato, ma possono contribuirne alla preparazione. In sintesi, chi si muove sul piano del diritto internazionale privato, ad esempio il giudice chiamato ad applicare una norma straniera nel proprio ordinamento, in base ad un criterio di richiamo presente nella normativa interna, può doversi trovare a prendere a prestito il sapere del comparatista per completare quel lavoro.

Mentre il comparatista, nel realizzare le proprie analisi con scrupolo, può rivolgersi al sapere di chi non compara, ma studia il diritto in prospettiva storica, filosofica, economica, *etc.*

5. L’esempio dei *punitive damages*

L’importanza di una comparazione a tuttotondo, che attraversi piani di analisi molteplici, cogliendo le interconnessioni tra diverse fonti ed istituti giuridici, può essere colta con il ricorso al seguente esempio. Come noto, negli Stati Uniti è presente l’istituto dei *punitive damages*, una forma di risarcimento con funzione deterrente e punitiva finalizzata a scoraggiare quel tipo di illeciti. Rimedi simili sono contemplati però anche in altri sistemi, quale quello inglese e, anche se solo parzialmente, in ambito continentale ed in Italia. Dobbiamo sottolineare come le somme liquidate negli Stati Uniti a titolo di danno punitivo siano normalmente molto maggiori di quelle riconosciute da qualsiasi altro ordinamento che contenga simili rimedi⁷³. Perché?

La risposta implica che il comparatista non possa attestarsi ad un’indagine settoriale della materia, dovendo considerare anche altri aspetti, in particolare il contesto processuale.

Negli Stati Uniti normalmente la quantificazione dei *punitive damages* è demandata alle giurie, il che significa rimettere la decisione al *quisque de populo*, privo di preparazione giuridica. In altri paesi come l’Inghilterra il ruolo

⁷³ M. MÜLLER-CHEN-C. MÜLLER-C. WIDMER LÜCHINGER, *op. cit.*, 8-9. Per una lettura più approfondita del tema dei *punitive damages*, si rinvia alla Parte Terza, cap. 4.3.

delle giurie è andato assottigliandosi e i danni punitivi sono normalmente liquidati da giudici professionisti che tendono ad essere più spassionati rispetto alle giurie. Questa differenza di ordine processuale costituisce una delle ragioni per le quali i risarcimenti con funzione punitiva (lì *exemplary damages*) sono più ridotti in Inghilterra rispetto agli Stati Uniti. Il ruolo e la funzione della giuria, come i suoi criteri di selezione, sono fattori importanti nel comprendere la *law in action*⁷⁴ americana dei *punitive damages*. Un altro tassello del contesto sistematico che presiede al diritto americano dei *punitive damages* è rappresentato dal tema degli incentivi, in particolare il compenso degli avvocati, ovvero *lawyers' fees*⁷⁵.

In base al cosiddetto *contingent fee agreement*, da noi anche tradotto come “patto di quota-lite”, un avvocato potrà pretendere il proprio onorario dal cliente solo se il cliente vince la causa, secondo la formula: *no win, no fee*.

In un celebre caso un ospite citò in giudizio una catena di alberghi perché aveva locato camere pur sapendo che queste ultime erano infestate da parassiti⁷⁶. Il giudice sottolineò come fosse importante liquidare un importo serio a titolo di danni punitivi proprio per agevolare la ricerca di avvocati disposti a difendere chi voleva intentare la causa.

Infatti se la causa è vittoriosa l'avvocato riceverà una percentuale fissa sull'ammontare riconosciuto al proprio cliente. L'avvocato che può contare sul *contingent fee agreement*, prenderà a cuore il successo della causa. Più alto sarà il risarcimento, più alto sarà il suo compenso. Lo stesso esito si ottiene ancor più agevolmente con gli accordi stragiudiziali. Certi comportamenti dannosi verranno seriamente contrastati grazie ad un serio impegno degli avvocati in giudizio. Le corti sono consapevoli che l'ammontare liquidato può fare la differenza tra una tutela effettiva, ed una tutela solo teorica ed ipotetica. Pertanto, opteranno per una liquidazione più generosa laddove ritengano utile agevolare la deterrenza di determinati comportamenti.

Ciò conferma come il tema dei *contingent fee agreement* sia un fattore esogeno ma fortemente critico quando si compara il regime giuridico dei *punitive damages* proprio di diversi ordinamenti.

Tale analisi, pur tecnicamente ineccepibile, potrebbe essere ulteriormente arricchita per rispondere alla reale funzione attribuita ai *punitive damages* in quel dato contesto e alla possibilità che il mero trapianto di quegli stessi istituti sia in grado di per sé di realizzare lo stesso sistema di *punitive damages* evolutosi negli Stati Uniti. Rifletteremo ulteriormente sul tema specifico dei *punitive damages* nel cap. 4 (Parte Terza).

⁷⁴ Cfr. R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, cit., 36.

⁷⁵ M. MÜLLER-CHEN-C. MÜLLER-C. WIDMER LÜCHINGER, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ *Ibidem.*