

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO
Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI
Paolo Ridola e la forma di governo
- 587 MASSIMO SICLARI
Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI
Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA
Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo
- 621 CESARE PAGOTTO
Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI
Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI
La rappresentanza politica nella forma di governo
- 691 RENATO IBRIDO
Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare
- 709 FULCO LANCHESTER
Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale
- 727 ELEONORA RINALDI
Brevi note su libero mandato e forma-partito
- 741 ELENA TASSI SCANDONE
Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAIITTO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

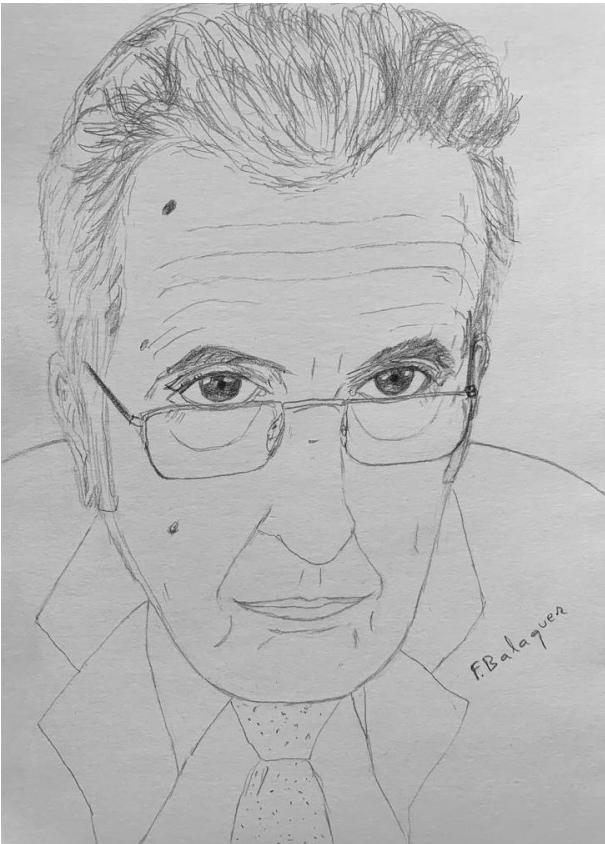
RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA



SOMMARIO: 1. Comparazione e storia. – 2. Comparazione ed esperienza. – 3. I protagonisti della comparazione. – 4. La comparazione negli “ordinamenti comunicanti”.

1. *Comparazione e storia*

La necessità di guardare alla storia e all'esperienza giuridica è stata sempre sottolineata dai più grandi giuristi. Non si possono dimenticare le lezioni che sono venute da Gino Gorla, Riccardo Ostano, Massimo Severo Giannini. I migliori comparatisti hanno seguito questa via.

Quanto al nesso tra comparazione giuridica e storia, Gorla – come è stato più volte ricordato – citava spesso un'affermazione di Frederic William Maitland rimasta famosa: “*history involves comparison*”; e diceva che vale anche la reciproca: “*comparison involves history*”¹. Se si vuol capire quali siano le differenze e le analogie tra due o più ordinamenti giuridici è indispensabile storicizzare.

Un esempio: quali sono le somiglianze e le diversità tra l'ordinamento britannico e quello statunitense? Chi guardi ai due sistemi giuridici senza storicizzare potrà dire che entrambi appartengono alla grande famiglia del *common law* con alcune differenze, ad esempio riguardo alla diversa intensità dello *stare decisis*. Ma questa sarebbe una mera ricognizione, un “*accatastamento di diritti stranieri, catalogati in modelli o in famiglie, e considerati peraltro come sostanzialmente isolati e autoreferenziali anche nella dinamica dei loro contatti e dei rapporti reciproci*”, secondo la felice espressione che Paolo Ridola ha utilizzato per indicare quelle giustapposizioni tra ordinamenti che poco o nulla hanno a che fare con un'autentica comparazione².

¹ Si veda, tra l'altro, G. GORLA, “*Comparison involves history*”, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 41 ss.

² Si veda P. RIDOLA, *Unità e particolarismo nell'esperienza giuridica europea*, in ID., *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Jovene, Napoli, 2019, 21.

Il comparatista che storicizzi, invece, scoprirà che a lungo, almeno fino a metà Ottocento, il *common law* inglese è entrato a stento nel diritto statunitense, allora molto più vicino alle tradizioni e alle fonti francesi. Lo ha messo in luce chiaramente Roscoe Pound nel Suo fondamentale “*The Spirit of the Common Law*”³. Pound scrive che nell’America della prima metà dell’Ottocento prevaleva ancora una comunità rurale basata sulle tradizioni dei pionieri. Tra i problemi principali del diritto statunitense si poneva quello di ricevere il *common law* inglese o di trovare soluzioni alternative adatte all’America.

È bene far parlare Pound: “*It has long been the orthodox view that the English law has obtained in this country since the beginning. But this is only a legal theory. In fact [...] after the Revolution the public was extremely hostile to England and to all that was English and it was impossible for the common law to escape the odium for its English origin. Judges and legislators were largely influenced by this popular feeling [...] the bulk of the profession was made up of men who had come from the Revolutionary armies [...] Moreover a large and influential party were enthusiastically attached to France and not only denounced English law because it was English but were inclined to call for a reception of French law [...] Under the influence of such ideas, New Jersey, Pennsylvania and Kentucky legislated against citation of English decisions in the courts. There was a rule against such citations in New Hampshire, and more than one judge elsewhere had his fling at the English authorities cited before him*”⁴.

Le ragioni politiche della Rivoluzione contro l’Inghilterra, con la Francia al fianco delle colonie americane, spiegano dunque l’enorme divario tra il sistema statunitense e quello britannico. Fu solo dal secondo Ottocento che il *common law* inglese penetrò gradualmente negli Stati Uniti, con le evidenti differenze sul piano del diritto costituzionale e amministrativo⁵. Ecco come la storia illumina la comparazione giuridica e fa comprendere la “*dinamica dei [...] con-*

³ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Franconia (New Hampshire), 1922.

⁴ R. POUND, *op. cit.*, ristampa 1931, The Murray Printing Company, Cambridge, Mass., 115-117.

⁵ Può vedersi in proposito M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Il Mulino, Bologna, 2019, 121-123.

tatti e dei rapporti reciproci” tra ordinamenti, per riprendere le parole di Paolo Ridola, che in tutti i suoi lavori si misura con uno scavo profondo di analisi storica.

2. *Comparazione ed esperienza*

C'è poi l'esperienza, non soltanto giuridica. Vista anch'essa in prospettiva storica.

Che la dimensione dell'esperienza sia fondamentale per il giurista che non voglia limitarsi alla superficie dei fenomeni giuridici è noto. La stessa concezione del diritto come esperienza giuridica ha allargato enormemente il campo d'indagine del giurista rispetto alle concezioni normativistiche e istituzionistiche.

Basti ricordare il contributo essenziale di Riccardo Orestano. Concepire il diritto come esperienza giuridica significa certamente andare ben oltre le leggi. Ma significa anche andare al di là delle istituzioni, che vengono prima delle leggi. Come insegna Orestano, la risoluzione del diritto in esperienza giuridica “è la sola a non porre preclusioni, a non operare esclusioni o amputazioni della fenomenologia correntemente detta giuridica”⁶. Una tale prospettiva consente di cogliere “ogni possibile forma [...] della vita associata”⁷. Vi rientrano diversi mondi: quello “dei ‘comportamenti umani’, e con essi delle relazioni, delle strutture, delle istituzioni cui danno vita [...] il mondo delle ‘norme’ di ogni genere e produzione, che seguendo o precedendo i comportamenti sono rivolte a disciplinarli, a riplasmarli e convogliarli entro canali formalizzati o canonizzati, o a determinarne e stimolarne di nuovi [...] il mondo delle attività di riflessione, di analisi, di elaborazione e sui comportamenti e sulle norme”⁸. Di quest'ultimo mondo delle “attività di riflessione” fanno parte sia la scienza del diritto sia altre forme di “espressione di pensieri, di costruzioni concettuali e di ideologie”⁹. Dunque, non solo la *scientia iuris*, ma anche la cultura in generale, è parte del fenomeno giuridico.

⁶ Così R. ORESTANO, *Della “esperienza giuridica” vista da un giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4 (1980), poi in ID., *‘Diritto’. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, 504.

⁷ *Op. cit.*, *ibidem*.

⁸ *Op. cit.*, 505-506.

⁹ *Op. cit.*, 507.

Poiché non esiste l'esperienza giuridica al singolare, ma vi sono tante e diverse esperienze giuridiche, “*la via maestra per cercare di cogliere una pluralità di esperienze è quella della ‘comparazione’, con tutte le difficoltà di vario genere che essa comporta e che solo di recente sembra orientata a prendere compiuta coscienza di sé e dei propri procedimenti*”¹⁰. Il comparatista dunque, ancor più del giurista che si occupa del proprio ordinamento giuridico, o di uno o più ordinamenti stranieri, deve essere refrattario al riduzionismo del diritto alla legge, deve cogliere il momento delle istituzioni – realtà organizzative che spesso precedono le norme e comunque sovente ne prescindono –, e deve anche considerare i movimenti scientifici e culturali che riflettono e incidono sugli ordinamenti positivi. Per poter fare tutto ciò, il comparatista è tenuto a utilizzare una pluralità di approcci metodologici e analitici: quelli più tradizionali del giurista, come l'analisi delle norme, della giurisprudenza e della dottrina; ma anche approcci di tipo storico (ancora una volta), sociologico, politologico, economico, antropologico, culturale in senso lato.

Scriva Paolo Ridola: “*L'interdisciplinarietà non è dunque un mero complemento [...] del metodo comparativo e non resta fine a se stessa, ma giunge a scavare in profondità per cogliere, dietro la facciata della positività, gli strati storici ed antropologici essenziali ad una corretta comprensione della positività stessa, la quale richiede di sondare il retroterra culturale del discorso giuridico*”¹¹. È indispensabile andare oltre la “*facciata*” del diritto positivo, “*scavare*” per trovare le componenti più profonde della positività giuridica, che sono storiche, antropologiche, culturali. Se non si scava, si resta fermi a contemplare la superficie, il diritto apparente.

Si possono fare numerosi esempi di come il retroterra culturale sia essenziale per capire le analogie e le differenze tra ordinamenti giuridici diversi. Tra i tanti: il diritto di accesso alle informazioni pubbliche, relevantissimo per il potenziamento delle istituzioni democratiche¹². Tale diritto è ormai regolato in diversi ordinamenti, che riconoscono a “*chiunque*” la facoltà di accedere alle informa-

¹⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, 369.

¹¹ Così P. RIDOLA, *Unità e particolarismo nell'esperienza giuridica europea*, cit., 22.

¹² Si vedano gli scritti di Norberto Bobbio in Id., *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011.

zioni, con norme che si presentano, se non identiche, assolutamente simili. Ma i contesti culturali sono completamente diversi. Da un lato, i *Freedom of Information Acts* degli Stati Uniti d'America e del Regno Unito – rispettivamente del 1967 e del 2000 – poggiano sulla cultura della partecipazione. D'altro lato, in Italia su tale sostrato si fonda il diritto di accesso ai documenti amministrativi previsto dalla legge sul procedimento del 1990, che però non è riconosciuto a “chiunque” ma ai soli “*interessati [...] che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”¹³. Il diritto di “chiunque” è stato riconosciuto nel nostro Paese solo recentemente con le leggi anticorruzione¹⁴. Non è difficile concludere che il sostrato culturale della nostra legislazione sul diritto di accesso esteso a “chiunque” è costituito dalla logica del controllo, se non del sospetto, più che dal principio di partecipazione. Il comparatista non può ignorare questi profili. Paolo Ridola, su un piano più generale, li ha sempre considerati attentamente: ad esempio, quando ha tracciato differenze e analogie tra i diritti fondamentali riconducibili al *rule of law* inglese, alle *libertés publiques* di derivazione francese e ai *Grundrechte* della tradizione tedesca.

È anche essenziale analizzare la riflessione della letteratura sull'esperienza giuridica e nel contesto di tale esperienza. Ed è essenziale comprendere la grande influenza che la letteratura ha avuto sull'evoluzione degli ordinamenti giuridici. Qualche esempio.

The Grapes of Wrath di John Steinbeck, uscito nel 1939, racconta le vicissitudini di una povera famiglia dell'Oklahoma che migra verso ovest per cercare fortuna in California nel periodo della Grande Depressione e lì trova solo odio e violenza, dei cittadini, dei commercianti, delle autorità locali. Il romanzo, subito diffuso ovunque dopo la sua pubblicazione, influì sul diritto statunitense in materia di tutela degli immigranti ancor prima e ancor più dei giuristi di professione: la legge californiana del 1901, che puniva penalmente l'ingresso in quello Stato degli indigenti provenienti da altri Stati, fu dichiarata incostituzionale dalla *Supreme Court* nel 1941, sulla scia di un'opinione pubblica chiaramente colpita dal libro di Steinbeck, molto apprezzato anche dal Presidente Franklin Delano Roosevelt e

¹³ Art. 22, comma 1, lett. b), legge n. 241/1990.

¹⁴ Decreto legislativo n. 33/2013, modificato dal decreto legislativo n. 97/2016.

da sua moglie Eleanor¹⁵. L'imperativo di assicurare giusta dignità ai migranti acquistò forte risonanza anche in altri casi riguardanti diversi Stati americani. E ancor oggi l'insegnamento di Steinbeck ispira chi sostiene politiche e leggi antidiscriminatorie a protezione dei migranti, ben al di là dei confini degli Stati Uniti e ben oltre la migrazione da est a ovest della federazione americana: una migrazione che oggi va da sud a nord – non solo dal Messico agli Stati Uniti – ma dal sud al nord del mondo.

Ancora: i romanzi di Leonardo Sciascia furono e sono essenziali per sensibilizzare le istituzioni e la legislazione sul problema della mafia: quando apparve *Il giorno della civetta*, nel 1961, “*il Governo non solo si disinteressava del fenomeno della mafia, ma esplicitamente lo negava*”¹⁶. L'opera di Sciascia lo ha portato al centro dell'attenzione e ha avuto molta presa anche sull'opinione pubblica di altri Paesi.

Infine: Antonio Tabucchi ha messo in luce aspetti importanti del rapporto tra letteratura e regimi giuridici totalitari: “*la letteratura [...] ha gli stessi nemici di sempre [...] Allo zenit stanno coloro che non si limitano a perseguirla perché ne sono disturbati: preferiscono assassinare direttamente i produttori del disturbo. Il che risolve evidentemente il problema alla radice. In questa pratica lo stalinismo fu esemplare. Il leader del popolo sovietico, autore fra l'altro di scritti di linguistica, si era reso conto che la letteratura utilizzava un'altra lingua, e che questa non coincideva con la sua. O meglio, aveva capito che non era strettamente un problema di lingua, perché Mandel'stam e Pasternak utilizzavano anche loro il russo. Aveva capito che non utilizzavano le stesse parole [...] I nazisti hanno bruciato milioni di persone. Ma hanno cominciato col bruciare libri. Soprattutto quelli di letteratura, quella letteratura da loro definita 'degenerata'. Degenerata in quanto portatrice di una parola diversa dalla loro: una diversa visione del mondo*”¹⁷. Tabucchi ne conclude che “*la letteratura è sostanzialmente questo: una visione del mondo differente da quella imposta dal pensiero dominante, o per meglio dire del pensiero al potere, qualsiasi*

¹⁵ U.S. SUPREME COURT, *Edwards v. People of State of California*, 314 U.S. 160 (1941).

¹⁶ Così Sciascia nell'Avvertenza scritta in occasione dell'uscita de *Il giorno della civetta* nella collana “Letture per la scuola media” (Einaudi, Torino, 1972).

¹⁷ A. TABUCCHI, *Elogio della letteratura*, in ID., *Di tutto resta un poco. Letteratura e cinema*, Feltrinelli, Milano, 2013, 11-12.

esso sia”¹⁸. La visione del mondo che si è potuta trarre dal *Dottor Zivago* di Boris Pasternak o dalle opere di Osip Mandel'stam ha fortemente supportato il dissenso nei confronti del regime sovietico e contribuito alla sua caduta.

La letteratura, dunque, nel riflettere sull'esperienza giuridica concreta, la influenza con la sua portata universale e ne viene a far parte. Paolo Ridola ha sempre dedicato grande attenzione all'importanza della letteratura nel diritto, anche in numerosi seminari per studenti e ricercatori.

3. *I protagonisti della comparazione*

Siamo abituati soprattutto alla comparazione dottrinale. Da più di un secolo a questa parte, quando si parla di diritto comparato si pensa in primo luogo all'analisi comparatistica svolta dagli studiosi di diritto o dagli storici o dai cultori della scienza politica che si sono occupati di ordinamenti giuridici del passato e del presente. Per ricordare solo alcuni grandi, molti citati da Ridola: Frank Goodnow, Marc Bloch, Tullio Ascarelli, Gino Gorla, Rodolfo Sacco, Peter Häberle, René David, Jean Rivero, Roland Drago.

Ma c'è anche una comparazione legislativa. I legislatori talvolta guardano all'estero. Per segnalare solo alcuni esempi: la legge tedesca sull'antitrust degli anni Cinquanta del secolo scorso ha ripreso molto dallo Sherman Act statunitense del 1890; la legge italiana sul procedimento amministrativo del 1990 ha tratto spunto – con variazioni significative – da varie esperienze straniere, tra le altre quella tedesca e quella statunitense; il legislatore britannico che ha previsto l'istituzione della Supreme Court of the United Kingdom nel 2005 si è ispirato – con molta moderazione – alle leggi sulle Corti costituzionali di diversi Paesi. Paolo Ridola ha ripetuto più volte che la comparazione legislativa è più ricognitiva che altro. Ed è così: i legislatori – e chi li consiglia – passano in rassegna normative straniere per importare strumenti utili a risolvere problemi specifici.

Va tenuta in considerazione anche la comparazione fatta dai giudici che, pur condividendo con quella legislativa la finalità di risolvere casi concreti, è andata e va molto più nel profondo. Le sue origini sono antiche, anche se a lungo sono state ignorate dagli stu-

¹⁸ *Op. cit.*, 12.

diosi. Lo sottolinea Gino Gorla, lamentando che sul punto vi è stata una “*grande lacuna*” da parte della dottrina. Gorla ci ha insegnato che soprattutto dal sedicesimo al diciottesimo secolo vi è stato un dialogo tra avvocati e giudici di diversi Paesi che ha dato luogo a un *silent borrowing*, un prestito silenzioso di istituti giuridici¹⁹. Egli ricorda che in quell’arco di tempo il canone del *due process of law*, utilizzato per garantire un *right to be heard* prima che fosse adottato un provvedimento della pubblica autorità, era stato fatto valere sia dalle Corti inglesi che dai Tribunali supremi degli Stati italiani, nel nome di una giustizia naturale che trascendeva le norme scritte²⁰.

A partire da quelle radici antiche, la comparazione “forense” si è sempre più sviluppata. Non si tratta tanto e soltanto del richiamo fatto da un giudice di un Paese alle sentenze di giudici stranieri. È piuttosto il ricorso a principi che divengono sempre più comuni. Importanti i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, che si sono rafforzati nel contenzioso costituzionale e amministrativo di molti ordinamenti giuridici²¹. Ad esempio, le corti di giustizia britanniche hanno negli ultimi anni rafforzato sensibilmente il loro sindacato sull’azione dei pubblici poteri fondato sull’impiego di quei due principi, riprendendo molto dagli orientamenti giurisprudenziali dell’Europa continentale e della Corte di Lussemburgo. Ne è derivata una più solida tutela dei diritti fondamentali.

4. *La comparazione negli “ordinamenti comunicanti”*

Nel secondo Novecento, prima con l’ordinamento della Comunità europea, poi con l’avvento del cosiddetto diritto globale, si è potenziata la comunicazione tra sistemi giuridici. Si parla, in proposito,

¹⁹ Sulla “grande lacuna” e sul *silent borrowing*, si veda G. GORLA, *Un centro di studi storico-comparativi sul “Diritto comune europeo”*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 905-907.

²⁰ Si veda G. GORLA, “*Iura naturalia sunt immutabilia*”. I limiti al potere del “Principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea*, Atti del Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, in onore di Bruno Paradisi, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 1982, 639 s.

²¹ Sulla comparazione nella giurisprudenza costituzionale e sui canoni di ragionevolezza e di proporzionalità si veda P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 293 ss.

di “ordinamenti comunicanti”. Alcuni hanno sostenuto che il diritto comparato non avrebbe più spazio nel momento in cui gli ordinamenti si fanno comunicanti e si va verso forme accentuate di unificazione o di omogeneizzazione. Ciò perché la comparazione ha ad oggetto ordinamenti diversi e ne studia analogie e differenze: perderebbe, dunque, la sua ragion d'essere negli ordinamenti comunicanti tendenti all'unificazione²².

In realtà, la comparazione si è ancor più sviluppata dopo il consolidamento del diritto dell'Unione europea e dopo l'avvento del diritto globale. È un fatto, che risulta evidente dal moltiplicarsi delle monografie e dei saggi, dei convegni e di altre iniziative culturali in tanti Paesi diversi. Del resto, le prime comparazioni sono nate – insegna Gorla – proprio in un periodo di piena espansione dello *ius commune* europeo. La comparazione nel contesto degli ordinamenti comunicanti serve a rafforzare la comunicazione e la convergenza, soprattutto per quel che riguarda i principi in funzione di garanzie dei diritti fondamentali. Serve a far sì che la pluralità e il pluralismo siano “inclusivi”. Opera come “*bridge among peoples*”.

È da vedere se questo diritto comparato, costruito soprattutto da studiosi e da giudici, nato dal basso, dai mondi più profondi dell'esperienza giuridica, potrà contribuire a contrastare potenti forme di rinascenti nazionalismi, talora coniugate al rinnovarsi di regimi autocratici.

Lo speriamo, sentendo nei convegni internazionali di diritto pubblico comparato colleghi che vengono da Stati illiberali criticare i regimi dei loro Paesi e invocare il costituzionalismo. Lo speriamo, vedendo in tante Università del mondo, e nella nostra “Sapienza”, studenti polacchi, ungheresi, russi o cinesi attenti ai valori della tolleranza, della dignità, dell'indipendenza dei giudici. È la forza dell'esperienza giuridica, che si contrappone alle peggiori manifestazioni del diritto della politica e delle leggi. Gli scritti di Paolo Ridola rafforzano questa speranza.

Abstracts

L'articolo sottolinea l'importanza fondamentale che hanno per la comparazione giuridica l'analisi storica e l'esame dell'esperienza

²² Di tali orientamenti dà conto M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, 138 ss.

giuridica intesa, in senso ampio, come insieme di comportamenti, istituzioni, norme, giurisprudenza, ambiti socioeconomici e culturali. Si sofferma non solo sulla più nota comparazione dottrinale, ma anche sulla comparazione forense e legislativa. Evidenzia la crescente rilevanza della comparazione nel contesto degli ordinamenti giuridici sovranazionali.

The article stresses that legal comparison must necessarily be based on historical analysis. In addition, comparison must take into adequate consideration the “legal experience” broadly conceived as including not only legislation and case law but also behaviors, institutions, socioeconomic and cultural contexts. Moreover, the article analyzes different protagonists of legal comparison, such as scholars, judges, lawyers, and legislators. Finally, the growing relevance of comparison within supranational legal systems is underlined.

Finito di stampare
nel luglio 2020
PL Print - Napoli