



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

TRENTO E LA COMPARAZIONE GIURIDICA:
VOCI, ESPERIENZE, RIFLESSIONI.
DALLA TESTIMONIANZA DI RODOLFO SACCO
E MAURO CAPPELLETTI

a cura di
LUISA ANTONIOLLI
FULVIO CORTESE
ELENA IORIATTI
BARBARA MARCHETTI

2024



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

80

2024

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2024*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-066-3
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli con ISBN 979-12-235-0114-6.

Novembre 2024

TRENTO E LA COMPARAZIONE GIURIDICA:
VOCI, ESPERIENZE, RIFLESSIONI.
DALLA TESTIMONIANZA DI RODOLFO SACCO
E MAURO CAPPELLETTI

a cura di
LUISA ANTONIOLLI
FULVIO CORTESE
ELENA IORIATTI
BARBARA MARCHETTI

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

	Pag.
Fulvio Cortese <i>Trento e il diritto comparato: una premessa</i>	1
Antonio Gambaro <i>La figura scientifica di Rodolfo Sacco</i>	7
CAPITOLO PRIMO RODOLFO SACCO	
Pier Giuseppe Monateri <i>Le tesi di Trento: un'analisi filologica dei testi originari</i>	23
Claudio Consolo <i>Lo stile comparatista "Trentino-Rodolfino": la ricezione sugli incisori processuali civili</i>	41
Gianmaria Ajani <i>Rodolfo Sacco e i diritti remoti</i>	55
Maria Rosaria Ferrarese <i>Globalizzazione, comparazione e il ruolo dei giuristi privati: verso un nuovo formante giuridico?</i>	65
Giuseppe Nesi <i>Diritto internazionale e diritto comparato a Trento: ieri, oggi e domani</i>	91
Elisabetta Grande <i>Lontano dalla luce del lampione: un inedito appunto di viaggio di Rodolfo Sacco</i>	99
Ugo Mattei <i>Un partigiano a Trento</i>	113

INDICE

Pag.

CAPITOLO SECONDO
MAURO CAPPELLETTI

Nicolò Trocker	
<i>Ricordando il grande trentino “emigrato nel diritto comparato” ..</i>	123
Vincenzo Varano	
<i>L’itinerario intellettuale di Mauro Cappelletti</i>	145
Andrea Becherucci	
<i>Alcune considerazioni preliminari sui carteggi di Mauro Cappel- letti con alcuni giuristi italiani</i>	163

CAPITOLO TERZO

PARTE PRIMA

COMPARATIVE LAW AND NON-WESTERN LEGAL TRADITIONS

Luca Pes	
<i>Between Ethnocentric Assumptions and Geopolitical Changes</i>	181
Anne Griffiths	
<i>The Demise or Regeneration of Comparative Law? The Produc- tion of Knowledge</i>	189

PARTE SECONDA

AT THE CROSSROAD OF COMPARATIVE LAW:
THE RELATIONSHIP OF LAW WITH OTHER SCIENCES

Carlo Casonato	
<i>A Brief Introduction</i>	215
Roberto Scarciglia	
<i>Methodological Pluralism and Legal Comparison: Challenges in the Post-Global Age</i>	231

INDICE

	Pag.
Giorgio Resta	
<i>Identity Politics: The Relationship of (Comparative) Law with Other Sciences</i>	241

PARTE TERZA

COMPARATIVE LAW AND LEGAL TAXONOMIES:
IS THERE STILL A PUBLIC/PRIVATE DIVIDE?

Vivian Curran	
<i>Musings on Private Law / Public Law Taxonomies in Comparative Law</i>	267
Silvia Ferreri	
<i>Private and Public Legal Fields: Several Shades of Grey</i>	277
Barbara Marchetti	
<i>Public and Private Divide: Some Reflections from the Perspective of Administrative Law</i>	295
INDICE DEGLI AUTORI	307

TRENTO E IL DIRITTO COMPARATO: UNA PREMESSA

Fulvio Cortese

Questo volume offre testimonianza di un momento di riflessione che la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ha voluto dedicare (il 22 e il 23 settembre 2022) alle esperienze della comparazione giuridica che ne hanno caratterizzato l'identità originaria¹.

L'intenzione, nello specifico, era quella di misurare le trasformazioni di quell'identità e di rievocare, contestualmente, il magistero di autorevoli maestri della disciplina comparatistica, quali Rodolfo Sacco (1923-2022) – che della Facoltà è stato uno dei più influenti fondatori – e Mauro Cappelletti (1927-2004) – che dal Trentino ha mosso i suoi primi passi per affermarsi, poi, globalmente quale acuto e instancabile giurista.

Occorre rammentare che la Facoltà, in realtà, non è nuova a questa sorta di bilanci². Né sono mancati gli scavi volti a rievocarne minuziosamente, dall'interno del processo costitutivo e delle conseguenti evoluzioni pratiche, l'ambizioso orizzonte culturale di riferimento, le prime declinazioni organizzative e le graduali evoluzioni³.

¹ Il programma completo dell'evento (*Metodi e sfide del diritto comparato*) è reperibile online, con la registrazione di tutti gli interventi, al seguente indirizzo: <https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/110581/metodi-e-sfide-nel-diritto-comparato>.

² V. la tavola rotonda su *La Facoltà di Giurisprudenza trenta anni dopo* (10 giugno 2015), che aveva visto la partecipazione, oltre che di Fabio Alberto Roversi Monaco e Rodolfo Sacco (quali membri del Comitato ordinatore che aveva dato vita alla Facoltà nel 1984), di tutti coloro che, fino a quel momento, si erano succeduti nella carica di Preside (Carlo Beduschi, Fulvio Zuelli, Claudio Consolo, Franco Mastragostino, Roberto Toniatti, Diego Quaglioni, Luca Nogler e Giuseppe Nesi).

³ Cfr., per esempio, R. SACCO, *Il pensiero sapiente, il tentativo sapiente, il successo (storia di un'idea)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 675 ss., e L. NOGLER, *La comparación jurídica en la Facultad de Derecho de Trento (1987-2012), entre los recuerdos del*

Le occasioni concrete che hanno stimolato l'approfondimento realizzato da ultimo sono venute da due circostanze: la chiusura del progetto che ha consentito alla Facoltà di fregiarsi (per gli anni 2018-2022) del titolo di Dipartimento di eccellenza, avendo ricevuto dal Ministero dell'Università il correlato finanziamento; la decisione, condivisa in seno alla comunità dei giuristi trentini e all'Ateneo, di dedicare l'Aula Magna della Facoltà a Rodolfo Sacco.

Si è trattato di traiettorie convergenti, se non sinergiche.

Da un lato, perché il progetto di eccellenza verteva sul valore aggiunto che la comparazione giuridica – accompagnata con lo studio europeo, transnazionale e internazionale del fenomeno giuridico – può dimostrare nell'attuale scenario della ricerca.

Ci si domandava, più precisamente, se il *know how* dei giuristi abituati, o allenati, a superare i confini *geografici* potesse costituire un fattore di forza per affrontare le sfide che oggi sono sottese al superamento di *altri* confini (segnatamente, di quelli implicati dalle “grandi transizioni” del tempo presente – ecologica e tecnologica – su tutti; ma anche quelli concernenti le ormai pressanti, e feconde, istanze dell'interdisciplinarietà, e dunque relativi ai rapporti, per esempio, tra diritto e scienze della vita o tra diritto ed economia o, ancora, tra diritto e linguistica o tra diritto e storia).

Dall'altro lato, inoltre, ricordare l'importanza della figura e del lascito scientifico di Rodolfo Sacco assume non soltanto il senso di omaggiare in modo stabile l'attaccamento che egli ha sempre avuto per la Facoltà trentina (avendovi insegnato *Antropologia giuridica* fino a pochissimo tempo prima della sua scomparsa).

Legarne il nome e l'immagine alla sede stessa della Facoltà – e in particolare agli spazi fisici che sono dedicati alla didattica e ai grandi appuntamenti della comunità giuridica che vi opera – ha soprattutto il significato di invitare studenti e colleghi a ripercorrere costantemente le tappe di un itinerario intellettuale avventuroso e ispirante; di rapportarsi, così, a esso per valutare il proprio percorso, per isolare i tratti di continuità o di discontinuità rispetto ai passi intrapresi da coloro che per

estudiante y la actividad del docente, in *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, Vol. 14, 2022, pp. 211 ss.

primi hanno insegnato nella Facoltà, per far emergere tutta la perdurante importanza di un dialogo (quello tra comparatisti e non-comparatisti) che non smette di fornire interrogativi alla scienza giuridica. Perché non c'è dubbio, in quest'ultima direzione, che ci si trova di fronte a una sorta di attrito fecondo, che è lungi dall'essere sopito e che, non a caso, proprio l'impegno di Mauro Cappelletti mette in scena in maniera esemplare.

L'incrocio di tali prospettive, dunque, spiega appieno le ragioni dei contenuti di questo libro e, soprattutto, l'ordine con cui essi si presentano al lettore.

Dopo un'intensa illustrazione, a tutto tondo, dell'opera e della rilevanza di Rodolfo Sacco nel panorama dell'evoluzione della scienza giuridica dalla seconda metà del Novecento agli esordi del successivo Nuovo Millennio – l'illustrazione si deve alla preziosa disponibilità di Antonio Gambaro, che ha acconsentito alla pubblicazione del discorso che egli ha tenuto per la menzionata *dicatio* dell'Aula Magna – si articolano tre diverse parti, i cui protagonisti sono, rispettivamente: le voci di alcuni dei giuristi che a Trento si sono variamente misurati con la comparazione e con le grandi questioni che da sempre la animano (Parte Prima); i contributi di allievi e studiosi dediti all'eredità scientifica e ideale di Mauro Cappelletti (Parte Seconda); le sollecitazioni e gli spunti di quanti – tra coloro che durante le citate giornate trentine di riflessione hanno partecipato al dibattito sui nuovi confini del diritto comparato – hanno voluto lasciare un segno espresso del loro puntuale apporto (Parte Terza).

A percorrere le pagine di questa agile trilogia di scritti si potrà innanzitutto ricavare, facilmente, la sensazione di un *continuum*, di un laboratorio mai interrotto, in quanto critico e dibattuto sin dall'inizio, e – come spiega con attenzione filologica il saggio di Pier Giuseppe Monateri – sin dalla posizione teorica delle sue coordinate metodologiche nella formulazione (progressiva e “tormentata”) delle cc.dd. Tesi di Trento.

È un testo, quest'ultimo, che sa ancora stimolare rilievi e richieste di integrazioni e aggiornamenti, specie da parte della dottrina che, giunta a Trento da tradizioni formative assai differenti, ha cercato di coordinare le attenzioni comparative più classiche con quelle pionieristiche della

nuova esperienza che con la Facoltà si andava aprendo, testandosi, *in primis*, nell'analisi e nell'interpretazione del diritto europeo.

In questo senso è assai esplicito il pensiero espresso da Claudio Consolo, che – in modo forse simile a quello manifestato da altri protagonisti di quella stagione fondativa⁴ – ricorda come l'incontro-scontro tra concezioni tanto eterogenee del diritto e del metodo giuridico abbia, tuttavia, dato vita a indagini innovative e a “scuole” cui tuttora si riconosce, nel panorama non solo nazionale, un ruolo singolare.

Più di tutto, però, nelle meditazioni che gli Autori hanno consegnato alla Prima Parte di questo volume si rinvergono le direttrici fondamentali in cui il laboratorio trentino si esprime ancor'oggi: nella sua attenzione a esperienze giuridiche diverse da quelle del diritto di matrice occidentale (Gianmaria Ajani), nella sua deliberata spinta verso lo studio della globalizzazione giuridica (Maria Rosaria Ferrarese), nella sua inclinazione, altrettanto pervicace, a connettere la frequentazione del metodo comparato e della sensibilità a esso congeniale con la ricerca sul diritto internazionale (Giuseppe Nesi).

Per la Facoltà trentina questi ambiti disciplinari costituiscono, ancora, tre pilastri, vivi e vivaci nei *loci* delle loro più attuali epifanie didattiche e di ricerca, come sono i corsi dedicati ai diritti africani o al diritto cinese (o com'è anche il Master in *Diritto e politica delle migrazioni*, di recente istituzione) o il c.d. CEILS (*Comparative, European and International Legal Studies*), il corso di laurea triennale in lingua inglese, primo in Italia a essere stato concepito e presto diventato modello per altre sedi universitarie.

Naturalmente non mancano anche i ricordi del carattere trainante della lezione di Sacco, raffigurata in un intreccio inestricabile di pensiero e azione ovvero, se si vuole, di *speculazione* e *vita* (v. le note di Elisabetta Grande e di Ugo Mattei). È un profilo di non secondaria importanza, tanto più se ne si colgano i collegamenti con la *Stimmung* che attraversa i contributi dedicati a Cappelletti, nella Parte Seconda, dove emerge, plasticamente, un messaggio sostanzialmente esplicito: il giurista *di confine*, che si propone al di là degli approcci più consolidati o

⁴ Cfr., per esempio, la *Premessa* alla dodicesima edizione (Padova, 2011) dei *Lineamenti di diritto pubblico* di G. FALCON.

comuni, che abbraccia questioni che non riguardano soltanto il suo ordinamento, ma sono cruciali per ogni comunità giuridica, è giurista impegnato, attivo, cosciente del proprio tempo e dei bisogni che in esso emergono come avamposti di domande imprescindibili. Il Cappelletti che si staglia dalle raffigurazioni di Nicolò Trocker e Vincenzo Varano è il prototipo di questa tipologia di giurista. Che peraltro – è un dato sul quale occorrerebbe spendere altre occasioni di studio – non si sottrae dal confronto, anche polemico, con i colleghi e con gli altri studiosi, perché – con un’intenzione che non è estranea a quella della più stretta tradizione giuridica – si sente anch’egli, a buon diritto, un attore centrale dello scenario politico e culturale (v. il carotaggio effettuato da Andrea Becherucci nelle “carte private” di Cappelletti, custodite negli Archivi Storici dell’Unione europea, a Firenze).

Infine, quali siano, ora, le domande imprescindibili è tema che si fa strada nella Parte Terza del libro, che potrebbe fungere, in modo molto sintomatico, da indice programmatico dell’agenda scientifica (e *sociale*, si potrebbe dire) che ogni giurista di confine dovrebbe porsi nel contesto attuale. Se ne potrebbero estrarre, volendo, delle *parole-chiave*, per comporre un elenco di ambiti o di problemi con cui, allo stato dell’arte, è ineludibile fare i conti: geopolitica (Luca Pes); interdisciplinarietà (Giorgio Resta; Carlo Casonato); pluralismo metodologico (Roberto Scarciglia; Anne Griffiths); diritto pubblico/diritto privato (Vivian Curran; Silvia Ferreri; Barbara Marchetti).

È scontata, dinanzi a questo sommario, un’impressione: che ci si trovi al cospetto di una fase in cui la comparazione giuridica può fungere, come in passato, da forza propulsiva per il rilancio del giurista e delle sue competenze; a patto, naturalmente, che questo giurista sappia collocarsi consapevolmente nel dinamismo dei conflitti socio-economici e culturali della contemporaneità, discorrere con i cultori delle altre scienze, apprezzare e utilizzare tutta la “tecnologia” di cui la sua esperienza storica è ricca, fronteggiare in maniera non schematica (e quindi non banale) l’ibridazione diffusa e trasversale delle *regulae iuris* e la ricorrente mutazione funzionale della loro natura.

Non sono certo compiti di semplice svolgimento. Ma è pur vero che, fedele alla sua originale fisionomia pionieristica, l’esperienza didattica e di ricerca della Facoltà trentina si è già messa su questa via, risultando

già proiettata – come Dipartimento di eccellenza per gli anni 2023-2027 – in un progetto che ha come obiettivo principale la riflessione sulle *fragilità* del giurista e, dunque, sulle molteplici *skills* di cui deve inde-ro-gabilmente dotarsi, proprio per raccogliere il testimone che gli è con-segnato dal sillabario poc’anzi descritto.

In chiusura a queste brevi avvertenze preliminari, è doveroso ringra-ziare Luisa Antonioli, Laura Baccaglioni, Silvana Dalla Bontà, Elena Ioriatti, Barbara Marchetti, Luca Pes e Filippo Sartori – che, assieme alla Presidenza della Facoltà, hanno portato gli oneri organizzativi del convegno di cui questo testo è traccia tangibile –, Daria de Pretis, che ha coordinato il dialogo tra gli amici e colleghi della Facoltà trentina, nonché il Magnifico Rettore dell’Università di Trento, Flavio Deflo-rian, che, assieme al suo Staff, ha accompagnato il farsi dell’iniziativa e sostenuto fin dal principio la cerimonia per la dedica dell’Aula Magna della Facoltà a Rodolfo Sacco.

LA FIGURA SCIENTIFICA DI RODOLFO SACCO

Antonio Gambaro

Sono molto onorato dell'occasione che mi è offerta di rievocare la figura scientifica di Rodolfo Sacco in quest'aula che gli viene dedicata e in questa Facoltà da Lui amatissima.

Sebbene il mio compito sia bene delineato dal titolo che mi è stato assegnato, riterrei che sia utile rievocare assieme l'opera scientifica e la vita di Rodolfo Sacco.

Tempo fa in una località lontana qualcuno disse, rievocando un detto celebre, che Rodolfo Sacco aveva costruito la sua vita come un'opera d'arte. L'aneddoto me lo riferì lui stesso, in parte lusingato e in parte sardonicamente divertito.

Per coloro che non hanno avuto la fortuna a me toccata in sorte, di frequentarlo per molti lustri, narrerò quindi che Sacco nacque a Fossano, provincia di Cuneo, nel novembre del 1923 e si laureò in giurisprudenza nell'Università di Torino discutendo una tesi di laurea sul concetto di interpretazione del diritto, poi oggetto di pubblicazione nelle Memorie dell'Istituto Giuridico; tesi che gli era stata assegnata e seguita da Mario Allara, ma discussa con Noberto Bobbio.

Prima della discussione della tesi di laurea Rodolfo Sacco si distinse come valoroso comandante partigiano combattendo la lotta per la liberazione nella Val Chisone e scampando, oltre che a molti scontri a fuoco, a una sicura condanna a morte grazie una fortunata evasione dal carcere nazi-fascista in cui era rinchiuso per riunirsi alla sua formazione sino alla Liberazione. Atti di coraggio per i quali ha ricevuto medaglie al VM, la medaglia d'oro per la resistenza e la cittadinanza onoraria del Comune di Cantalupa, uno dei centri della sua azione partigiana, di cui andava fiero.

Dismessa l'uniforme partigiana, e le armi di accompagnamento, Sacco riprese immediatamente gli studi, pubblicando da studente la sua

prima opera scritta: gli statuti del Comune di Ravello (1945), frutto dei suoi studi paralleli di epigrafia.

Invero, compiuto appieno il suo impegno di Resistente, Sacco aspirava a una vita da intellettuale disdegnando qualunque riconoscimento che non fosse correlato a questa qualità.

Perciò, dopo la laurea “rimase in università” alla severa scuola di Allara, ma per contingenze accademiche divenne assistente di Paolo Greco che lo stimava assai, rimanendo così unito a un gruppo di talentuosi giovani giuristi che si stavano formando all’Istituto Giuridico di via Po tra i quali Sergio Cotta, Giovanni Conso, Marcello Gallo, Alberto Burdese, Filippo Gallo, Gastone Cottino, Alfredo Fedele, Enrico di Robilant, cui poi si aggiunse Piero Schlesinger.

Ancorché abbia onorato la sua posizione di assistente di diritto commerciale pubblicando una monografia sull’ammortamento dei titoli di credito e numerose note sulla Rivista del Diritto Commerciale, allora diretta da Greco, la sua vocazione principale era rivolta al diritto civile, considerata la disciplina che tradizionalmente si fa carico dei problemi epistemologici che affliggono e affascinano tutti i giuristi; anche se dopo l’exploit della tesi di laurea si dedicò a temi specifici per dimostrare la sua abilità nel condurre analisi rigorose tutte basate sulla espunzione dalle rappresentazioni dottrinali del diritto positivo vigente di quanto vi fosse di contraddittorio o di aporetico.

Pur perfettamente inserito nella scuola torinese di diritto civile, Sacco non si limitò a perfezionarne le analisi, perché sviluppò una propensione ad affrontare problemi aperti suggerendo le vie per risolverli efficacemente, introducendo così nell’analisi giuridica formale, tutta protesa alla mera chiarificazione dei discorsi dottrinali, elementi di creatività propositiva.

Grazie alle sue opere Sacco vinse la cattedra di diritto privato, essendo ternato assieme a Giorgio Giampiccolo e Augusto Pino da una commissione composta da Scaduto, Niccolò, Grassetti, Stolfi e Deiana.

Chiamato all’Università di Trieste, ove fu professore di diritto privato dal 1956 al 1961, strinse amicizie con altri colleghi della stessa sede e anche con giovani studenti come Giovanni Gabrielli, che poi durarono tutta la vita, e consolidò la sua fama pubblicando due ulteriori monografie, una sul possesso e l’altra, più innovativa, sull’arricchimento ot-

tenuto mediante fatto ingiusto, in cui si anticipano tematiche che molti anni dopo diverranno di moda.

Fu poi chiamato nel 1961 dalla facoltà giuridica dell'Università di Pavia, in larga misura per iniziativa di Giuseppe Stolfi, che pure non lo aveva sostenuto al momento del concorso a cattedra, ma che divenne, ricambiato, suo ammiratore.

A Pavia, dove Sacco rimase sino al 1971, il suo *cursus* accademico ebbe una accelerazione, non soltanto perché passò dall'iniziale cattedra di diritto privato a quella di diritto civile, succedendo a Stolfi, divenne Preside della Facoltà e ottenne, per incarico, l'insegnamento di diritto privato comparato che rilanciò alla grande, ma anche perché in quel periodo fecondo i suoi interessi si orientarono decisamente verso la comparazione giuridica, disciplina che aveva già avvicinato nel periodo formativo frequentando l'Istituto di Studi Europei di Torino, ove aveva incontrato René David e Joseph Esser.

Segno tangibile di questo orientamento fu la sua aggregazione nel 1962 alla *Faculté Internationale de Droit Comparé*, di cui divenne professore stabile e in cui strinse sodalizio con i maggiori cultori europei della disciplina, agevolato in ciò dalla sua perfetta padronanza della lingua francese.

Giova ricordare che in quegli anni la *Faculté*, diretta con estrosa caoticità da Felipe de Sola Canizares, assomigliava a una università medioevale, essendo un luogo assolutamente non burocratizzato ove un gruppo di professori esponeva liberamente, osservate certe cautele per quelli dell'est, lo stato dell'arte nei settori del sapere giuridico di cui erano portatori. Vi insegnarono tra gli altri David, Rodière, Houin, Marty, Drago, Blanc Jouvan, Rieg, Hamson, Simpson, Thompson, Parker, Leisner, Strömholm, Ganshof von den Mersch e Limpens, Hazard, Crépeau, Kokkini Iatridou, e Sacco venne ad assidersi, piuttosto giovane e non certo per ultimo, "tra cotanto senno".

Interessante è rilevare che l'assetto piuttosto caotico della *Faculté* – de Sola non conservava i documenti contabili e rifiutava di irreggimentarsi in un qualsiasi ordinamento – consentì alla *Faculté* di mantenere aperti i canali di comunicazione con i paesi dell'Est europeo, i cui docenti e studenti ottenevano con maggior facilità il visto necessario per recarsi in occidente dalle rispettive polizie che erano state convinte,

magia di Felipe de Sola Canizares, dell'opportunità di offrire una vetrina ai progressi del diritto socialista.

Diritto che Sacco osservava con la curiosità dell'intellettuale, senza minimamente lasciarsene affascinare, ma con la ferma convinzione che in primo luogo andava studiato e compreso e in secondo luogo che l'effetto di contrasto generato dal confronto comparatistico con i sistemi socialisti poteva condurre a una chiarificazione dei presupposti latenti delle regole giuridiche occidentali. Del resto, Sacco, su suggerimento di Norberto Bobbio, aveva pubblicato nel 1953, insieme a Vera Dridso, una traduzione italiana dell'opera di Venediktov sulla proprietà socialista dello Stato in Unione Sovietica.

Negli anni pavesi, Sacco fu forse l'unico giurista italiano che, fuori dai canali istituzionalizzati del disciolto Cominform, coltivasse rapporti amichevoli con numerosi giuristi dell'Est europeo a partire da quelli incrociati alla *Faculté*, tra i quali: Kroutogolov, Tumanov, Czachorsecy, Ionescu, Szabo, Peteri, Naschitz e Blagojevic e, soprattutto, Victor Knapp, già incontrato a Torino.

Appoggiandosi a questa rete, Sacco intraprese numerose trasferte in Est Europa ben prima che il crollo della cortina di ferro le rendesse agevoli. Risale a questo periodo il seminale saggio sul substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti (1969), cui faranno seguito gli scritti sulle invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico (1979), la presentazione del *Zivilgesetzbuch* della RDT con Giorgio De Nova e Gabriele Crespi Reghizzi (1976), l'abuso del diritto nel sistema jugoslavo (1977).

Così, rompendo il cerchio che limitava l'attenzione del comparatista italiano a Germania, Francia e paesi di Common Law, iniziarono gli studi scientifici dei sistemi giuridici "altri" a partire appunto da quelli dell'est europeo. Studi che poi vennero coltivati da Gabriele Crespi Reghizzi, Gianmaria Ajani, Antonio Benacchio e dai molti altri, che formarono un gruppo di studiosi dalle cui conoscenze il nostro paese ha tratto notevoli vantaggi.

Sempre in quegli anni e nel contesto nazionale, Sacco si avvicinò a Gino Gorla, al tempo raro campione della comparazione giuridica italiana, e, poi, a Mauro Cappelletti, con i quali formò una triade propulsiva del rinnovamento della disciplina che venne dotata, con il concorso,

tra gli altri, di Piero Verrucoli, Vittorio Denti, Giorgio Bernini e Maurizio Lupoi, di una struttura organizzativa con la ricostituzione dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, alla quale si deve riconoscere il merito di aver rifornito la dottrina italiana di alcuni degli stimoli più fruttosi per gli orientamenti futuri, coinvolgendo nella propria opera culturale studiosi che non erano esattamente comparatisti di professione, come Stefano Rodotà.

Soprattutto, nel periodo pavese Rodolfo Sacco scoprì la vocazione a essere un capo scuola, avviando alla carriera accademica alcuni suoi laureati promettenti. Paolo Cendon, Giorgio de Nova, Paolo Tosi, Attilio Guarneri e chi scrive sono tra questi e a essi si aggiunse, apportando il proprio talento, Gabriele Crespi Reghizzi.

A Trieste, Sacco non osò suggerire ad alcuno di “rimanere in università”, consapevole della scarsità di risorse di cui l'università disponeva e della aleatorietà dei percorsi accademici. A Pavia si fece guidare dal desiderio di contribuire a munire le facoltà di giurisprudenza italiane di giovani studiosi che unissero il ripudio del libertinaggio argomentativo alla consapevolezza che non era più possibile procedere sulla sola base di uno pseudo-metodo logico-geometrico in cui, eliminato ogni riferimento alla storia, all'economia, all'etica e alle mentalità diffuse, si argomentasse sulla sola base del lessico del legislatore e dei concetti che dovrebbero rappresentarne la razionalità intrinseca. Soprattutto, Sacco riteneva che non fosse più possibile indirizzare all'insegnamento universitario persone che non avessero mai messo il naso fuori d'Italia, perché la conoscenza delle dinamiche sperimentate in altre esperienze giuridiche è basilare ai fini della comprensione e della valutazione critica di quanto avviene nel mondo del diritto anche nei microcosmi municipali.

Il problema di fondo rimaneva quello della attrezzatura epistemologica sufficiente per realizzare la conoscenza richiesta. Problema cui Sacco dedicò una buona parte della sua vita di intellettuale e di giurista.

Nel 1971 Sacco rientrò nell'Università di Torino, inizialmente sulla cattedra di diritto privato comparato (1971-1988) e poi su quella di diritto civile (1988-1999) che era stata di Mario Allara e sulla quale, nel frattempo sdoppiata, volle Ugo Mattei.

Giunto nella sua università di origine, l'attività di Rodolfo Sacco ebbe quasi una esplosione di energia vitale e intellettuale.

Alberto Trabucchi lo invitò ad assumere la carica di Preside nella neocostituita Università Nazionale Somala e Sacco si gettò con entusiasmo nel compito, organizzando la facoltà giuridica, collaborando alla stesura di un codice civile somalo, curando la formazione di giovani laureati e fornendo una prima descrizione monografica del sistema di quel mosaico che era il diritto somalo, di cui solo lui poteva cogliere gli intarsi.

Dalla Somalia i suoi interessi si diffusero al diritto africano in generale, o, meglio, ai modi di vivere il diritto nei territori dell'Africa subsahariana, per studiare i quali condusse spedizioni sul campo, sobbarcandosi fatiche e pericoli inusuali per un cattedratico italiano di materie giuridiche.

Affacciatosi alle tematiche dell'antropologia giuridica dal versante africanistico, Sacco si inserì in una rete di relazioni scientifiche di prim'ordine e con particolare predilezione verso gli studiosi francofoni come: Raymond Verdier, Michel Alliot, Jacques Vanderlinden ed Etienne Le Roy. Vi apportò un metodo di indagine stratigrafico coniugato con l'approccio strutturalista cui era già avvezzo e che innoverà gli studi, pubblicati in lingua francese e italiana, dedicati alle tematiche africanistiche; studi che rimangono tutt'ora punti di riferimento indiscutibili per gli studiosi del settore. Risultato rimarchevole e singolare per un civilista italiano.

Anche in questo campo Sacco si preoccupò altresì di promuovere vocazioni agli studi che inevitabilmente venivano trascurati in assenza di prospettive di sbocchi accademici. Così, Francesco Castro ottenne una cattedra in diritto privato comparato e poi fondò una fiorente scuola italiana di islamistica giuridica. Marco Guadagni fu chiamato a presidiare come professore di prima fascia l'africanistica italiana, arrecando contributi notevoli anche alle attività diplomatiche del paese.

Non è però che si possa rimproverare a Sacco di aver abbandonato il diritto civile.

Intanto, sempre su invito di Alberto Trabucchi, fu inserito nella direzione della Rivista di Diritto Civile, in cui rimarrà sino alla scomparsa, fornendo, e procurando, apprezzati contributi.

Tornando al campo delle opere scritte, giova ricordare che nel 1975 Sacco diede alle stampe il volume sul contratto, che stava elaborando da non pochi lustri.

Il *Contratto* di Sacco ad oggi ha ricevuto cinque edizioni di mole via via crescente, anche grazie alla collaborazione di Giorgio De Nova, ma sin dalla prima edizione ha segnato uno spartiacque nella vicenda degli studi giuridici italiani dedicati all'istituto contrattuale.

Se si osserva il quadro attuale degli studi sul contratto – settore fiorentissimo delle indagini civilistiche – ci si avvede che le trattazioni dedicate al contratto prima del 1975 hanno ormai valore storico benché si tratti di opere di penne illustri.

La stessa osservazione può ripetersi in tema di possesso.

Al possesso, Sacco ha dedicato uno studio trattatistico negli anni Sessanta nell'ambito di un trattato, poi interrotto, promosso da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro Passarelli, e ritornò a trattare del possesso nel 1988 nell'ambito del più fortunato *Trattato di diritto civile e commerciale* iniziato da Cicu e Messineo e allora diretto da Luigi Mengoni, cui era legato da una profonda amicizia. Nel trattato del 1988, cui ha fatto seguito una seconda e terza edizione con Raffaele Caterina nel 2000 e nel 2014, l'inquietante istituto del possesso viene dotato di una veste razionale atta a frenare una casistica errabonda, e anche su questo tema si può ripetere che l'abbondante letteratura che lo circonda si può dividere in un prima e dopo la trattazione sacchiana, posto che essa non può essere ignorata dagli scrittori seguenti che non vogliano essere meri compilatori di massime.

Gioverebbe osservare che in entrambi i casi, affrontando istituti centrali del diritto civile, Sacco ha evitato la mistura tra la lettera della legge, ovvero del codice, e la collazione di massime giurisprudenziali, per cercare il fondamento razionale della propria analisi nella storia delle soluzioni pratiche e teoriche adottate e circolate nell'ambito europeo, studiando sì la giurisprudenza, ma senza farsi ingabbiare dall'idea che il diritto civile coincida con le decisioni della Cassazione dell'ultima settimana.

Si potrebbe dire che le analisi civilistiche di Rodolfo Sacco sono intessute di storia e comparazione. Ma ciò sarebbe riduttivo.

In realtà Rodolfo Sacco ha profondamente innovato il ricorso alla storia e alla comparazione nelle analisi civilistiche, sicché tra i lasciti perenni della sua opera è da inserire il definitivo, radicale superamento di quelle introduzioni al tema, trasudanti da tutti i pori provincialismo culturale, in cui si inserivano riferimenti di seconda mano al diritto francese e tedesco e sintesi del diritto romano composte a balzi di capra, senza mai trarre, perché non si poteva, alcun frutto dagli uni come dalle altre.

Formidabili sono stati gli apporti di Rodolfo Sacco agli studi comparatistici, ove l'attrezzatura intellettuale del comparatista è ormai profondamente impregnata dalle sue idee: dalla analisi della circolazione dei modelli, alla scomposizione dei sistemi in formanti, alla evidenziazione dei crittotipi, ma sarebbe di nuovo riduttivo incasellare la sua opera nel solo solco della storia delle idee.

In realtà vi è dell'altro.

Rientrato a Torino su una delle allora poche cattedre di diritto privato comparato, Sacco condusse una azione indefessa per innovare radicalmente i piani di studio delle facoltà di giurisprudenza, così da rendere la comparazione una componente essenziale nell'educazione del giurista e allevare una generazione di studiosi di diritto comparato e stranieri capaci di diffondere ovunque l'insegnamento della materia.

Come ben può immaginare chiunque abbia esperienza di cose universitarie, non fu affatto facile ottenere che le facoltà giuridiche italiane si aprissero agli insegnamenti comparatistici. Tuttavia, nel 1994 una nuova tabella ministeriale del corso di giurisprudenza, sostitutiva di quella in vigore dal 1938, ha introdotto finalmente come obbligatorio un insegnamento annuale in una materia comparatistica, e quando Rodolfo è scomparso aveva avuto la soddisfazione di contemplare molte facoltà che impartivano una molteplicità di corsi comparatistici, sino ai 29 corsi a Torino e ai 27 a Trento, vuoi in materie areali (*common law*, Asia Orientale, islamico), vuoi in materie tematiche (privato, costituzionale, penale).

È anche da ricordare che a Torino Sacco mise all'opera una didattica coinvolgente, già in parte sperimentata a Pavia, che affascinò un selezionato drappello di studenti, molti dei quali vollero proseguire gli studi nelle varie direzioni seminate dal Maestro: Alba Negri, Pier Giuseppe

Monateri, Gianmaria Ajani, Michele Graziadei, cui presto si aggiunsero Ugo Mattei, Silvia Ferreri, Angelo Chianale, Paolo Gallo, Alberto Giannola, ma con il tempo numerosi altri valenti studiosi si iscrissero alla scuola, e mi scuso di non poterli nominare tutti, ma temo che il solo elenco esaurirebbe il tempo assegnatomi.

Al tempo i passi iniziali del percorso formativo di un futuro docente universitario erano ancora simili a quelli degli anni Cinquanta, e da un lato Sacco disdegnava la prassi di tenere un giovane studioso avvinto ai libri senza procurargli i minimi mezzi per vivere, dall'altro la facoltà torinese non aveva le risorse necessarie per accoglierli, ma due episodi di serendipity agevolarono il percorso.

Nell'università Bocconi esisteva da tempo un Istituto di diritto comparato creato da Mario Rotondi e dotato di una eccellente biblioteca. Quando vicende accademiche portarono Gianguido Scalfi, allora Rettore di quella Università – ma il Rettore era momentaneamente agli arresti, per cui Scalfi reggeva l'ateneo – a dirigere sostanzialmente l'Istituto Sraffa, egli volle farne un centro di eccellenza disponendo delle risorse necessarie. Molti tra i giovani torinesi che ho appena citato – ma non solo loro, perché, per esempio, da Pisa giunse Giulio Ponzanelli e da Parma Giovanni Bonilini – ottennero borse di studio e altre posizioni presso l'Istituto Sraffa, che divenne, sotto la paterna vigilanza di Scalfi, un ramo della scuola sacchiana.

A Trento, l'Università decise di istituire una Facoltà di Giurisprudenza. Occorreva nominare un Comitato ordinatore. Il Rettore di allora, che se ben ricordo si chiamava Ferrari ed era un eccellente fisico, chiese a Sacco di candidarsi a farne parte. Ciò perché era rimasto favorevolmente impressionato dalla visita fatta l'anno precedente ai lavori di due commissioni a posti di ricercatore, l'una di Sociologia che trovò in pieno caos e l'altra, per un posto di diritto privato nella Facoltà di Economia, presieduta da Rodolfo Sacco, che concluse nel massimo ordine le operazioni nell'arco di un giorno, proponendo quale vincitore Gianmaria Ajani, il quale poi rimase a Trento per molti anni, divenendo Presidente di Facoltà prima di tornare a Torino, ove divenne Rettore. A posteriori, una vicenda che non potrebbe aver avuto più lieto fine.

In ogni caso, Sacco divenne Presidente del Comitato ordinatore della costituenda facoltà trentina e impostò una facoltà eminentemente

aperta alla comparazione giuridica, come, con alcune correzioni, è rimasta decenni dopo, restando però stabilmente nelle prime posizioni del ranking delle facoltà di giurisprudenza italiane, finché sono esistite. Posizione meritata, al di là dei dubbi che possono contornare queste classificazioni, anche perché Sacco seppe indicare inizialmente alcuni giovani studiosi, non soltanto della sua scuola, che si dimostrarono entusiasti di svolgere un lavoro scientifico in un ambiente sprovincializzato e aperto ai contatti transfrontalieri; i quali poi, raggiunte altre sedi, hanno saputo trasmettere alle generazioni successive l'imprinting ricevuto da Sacco, che a sua volta rimase affezionato alla facoltà trentina, in cui tornò anche in tarda età a insegnare antropologia giuridica; ma soprattutto non si può non ricordare il legame affettivo che da quella occasione si è ingenerato tra Rodolfo Sacco e l'ateneo trentino, legame propiziato anche dal fatto che in questa terra trovava largo sfogo la sua passione per le montagne, o, meglio, per le lunghe camminate attraverso le montagne.

Queste vicende di serendipity sono state importanti nella vita di Rodolfo Sacco, ma è più importante ricordare che parallelamente alla promozione degli insegnamenti comparatistici e alla educazione di ampie schiere di giovani studiosi che poi si sono affermati in vari modi, la vita di Rodolfo Sacco è stata dedicata all'approfondimento delle problematiche di epistemologia giuridica e delle tematiche particolari che da esse derivano.

Al riguardo sia sufficiente richiamare la sua opera più incisiva: quella *Introduzione al diritto comparato*, che ha avuto sette edizioni in lingua italiana (l'ultima, nel 2019, in collaborazione con Piercarlo Rossi) e cinque traduzioni in lingue straniere. Opera dalla quale è stato tratto, con rielaborazioni, il suo scritto più conosciuto a livello planetario: *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34, oggetto anch'esso di numerose traduzioni in altre lingue.

A complemento e riprova della correttezza dell'impostazione metodologica disegnata nell'*Introduzione*, Sacco ha pubblicato, in collaborazione con chi scrive, un manuale di grandi sistemi con il titolo di *Sistemi giuridici comparati*, giunto anch'esso alla quarta edizione nel 2018, e riprodotto in francese con l'apporto di Louis Vogel sotto il titolo

lo *Traité de droit comparé: le droit de l'Occident et d'ailleurs* (LGDJ, 2011).

Nel 1987 Sacco si fece promotore di un manifesto culturale noto con il nome di Tesi di Trento – a ulteriore testimonianza del suo legame culturale e personale con la sede trentina – in cui in cinque punti vengono descritti le funzioni del diritto comparato e i metodi fondamentali per la conduzione delle indagini comparatistiche scientificamente orientate. Tesi che a distanza di molti anni costituiscono un punto di riferimento basilare rispetto a problematiche tanto variamente discusse in tutto il mondo.

Forse basterebbero queste opere per qualificare Sacco tra i grandi autori della sistemologia giuridica tra il XX e il XXI secolo, ma vi è dell'altro, perché Sacco ha indicato alla comparazione giuridica mondiale anche nuovi settori di indagine.

Nei convegni internazionali indetti dall'*Académie Internationale de Droit Comparé* di Sydney (XII), di Bristol (XV) e di Utrecht (XVII), Sacco ha segnalato e approfondito il tema delle traduzioni di termini giuridici da una lingua all'altra, dando avvio a una riflessione su scala mondiale ed europea delle problematiche traduttologiche, oggi riconosciute come assai rilevanti, specialmente nell'ambito dell'Unione europea.

Nel dicembre 1998, Sacco, in qualità di Direttore dell'ISAIDAT, organizzò a Torino un convegno internazionale dal titolo *Les multiples langues du droit européen uniforme*. Tre anni dopo, nel novembre 2001, ne organizzò un secondo: *L'interprétation des textes juridiques rédigés en plus d'une langue*, così lanciando definitivamente il tema, che poi ha avuto sviluppi impressionanti sia nel mondo che in Italia, ove, sulla scia del suo insegnamento, è apparsa una collana di monografie: *Le Lingue del Diritto*, diretta da Barbara Pozzo, nonché una serie di altri studi e iniziative, alcune delle quali in collaborazione con l'Accademia della Crusca.

Ritornato ai temi dell'antropologia giuridica, Sacco propose una vasta sintesi delle sue ricerche in opere decisamente orientate sul versante culturale, inteso nel senso più nobile, pubblicando *Antropologia giuridica* (2007) e *Il diritto Muto* (2015), anch'esse ampiamente tradotte all'estero.

Non sorprende quindi che nel 2017 l'*Académie Internationale de Droit Comparé* abbia organizzato una solenne cerimonia per onorarlo come grande comparatista, assieme a Heinz Kötz, Blanc Jouvan, Mary Glendon e Baudouin.

Sino a qui il Sacco scienziato e professore, ma sarebbe ingiusto trascurare del tutto il Sacco, per così dire, editore, nel senso di promotore di opere collettive di grande portata e impatto; sono pertanto da menzionare: il *Trattato Sacco di diritto comparato* e il *Trattato Sacco di diritto civile*, ormai estesi a decine di volumi e, soprattutto, la direzione e la cura del *Digesto*, IV edizione, che ha continuato ad aggiornare e a dotare di alcune voci scritte di suo pugno.

L'inesausta attività scientifica e la lunga vita hanno avvalso a Rodolfo Sacco numerosi riconoscimenti, che si sono aggiunti alle medaglie al VM conquistate in gioventù; ci si limita a menzionare le lauree h.c. delle Università di Paris 2, Genève, Toulon e Mc Gill, la medaglia conferitagli dall'*Académie Internationale de Droit Comparé / International Academy of Comparative Law*, la Presidenza dell'*International Association of Legal Sciences* e la chiamata a far parte di numerose accademie italiane e straniere, a iniziare dall'*International Academy of Comparative Law*, per proseguire con l'*Institut de France (Académie de sciences morales et politiques)*, l'Istituto Lombardo-Accademia di scienze e Lettere, l'Accademia delle Scienze di Torino, e terminare con l'Accademia Nazionale dei Lincei, di cui era socio dal 1988 e che frequentava con piacere suo e degli altri soci.

Grandi sono stati gli apporti di Rodolfo Sacco alla scienza e alla comparazione giuridica; importanti i riconoscimenti che ha ricevuto in vita, ma il ricordo di chi ha avuto la fortuna di conoscerlo personalmente non può essere disgiunto dalla consapevolezza di aver incontrato una personalità straordinaria, affascinante nella sua evidente singolarità, dall'esperienza del suo eloquio preciso e forbito, dietro il quale si scorgevano i frutti di una cultura enciclopedica nata da una inesausta curiosità intellettuale, dalla rimembranza delle sue battute fulminanti, talvolta non benevole, ma mai banali.

Personalità poliedrica quella di Rodolfo Sacco e certamente, come appena detto, affascinante, ma si deve menzionare anche il suo carattere sostanzialmente ottimista, cui si aggiunse negli ultimi anni la serenità

che derivava dalla coscienza di aver compiuto tutto ciò che poteva compiere. Da qui l'accentuarsi della tendenza all'allegria che lo conduceva a confezionare inni e canzoni, che poi cantava volentieri, anche se a dire il vero non era intonatissimo. Tre queste: l'inno della SIRD e non poche altre d'occasione. Ne ricordo una che mi cantava anche in treno al ritorno dai Lincei che per consuetudine facevamo assieme, e che a un certo punto con tono accorato, ma non lamentoso, diceva: vorrei morir prima di aver cent'anni!

Anche questo suo desiderio è stato accolto.

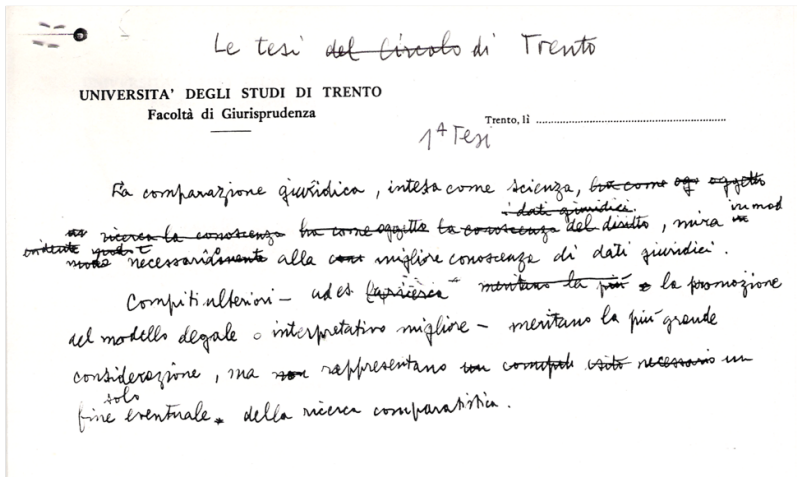
CAPITOLO PRIMO

RODOLFO SACCO

LE TESI DI TRENTO: UN'ANALISI FILOLOGICA DEI TESTI ORIGINARI

Pier Giuseppe Monateri

1. Nel mio intervento, cercherò di non fare della fantastoria e proverò invece a parlare di Rodolfo e delle *Tesi di Trento*, essendo queste ultime state evocate per tutto questo tempo negli incontri che si sono succeduti in questi giorni. Ecco un'immagine che le ritrae emblematicamente e che vorrei mostrarvi per incominciare la mia analisi.



La grafia del documento, come ben vedete, è molto riconoscibile, e tutti voi, credo, la identificheranno subito. Se ne è parlato ieri, ne ha accennato Casonato, che ha addirittura detto una tesi senza nominarla. Oggi sono state nuovamente ricordate, c'è stata una polemica sulla quarta e sulla quinta tesi. Insomma, è arrivato il momento di ricordare al pubblico di che cosa si tratta.

Questo che vedete è dunque il documento originale. Il manoscritto di Rodolfo, di cui io sono, nominato da Rodolfo stesso, conservatore ufficiale. Lo ho conservato – posso parlare in quanto archivista – parlando, in realtà, delle tre versioni che noi abbiamo delle tesi di Trento.

Perché – questo è il punto di grande interesse – noi abbiamo tre testi con significative differenze. Abbiamo (1) il manoscritto del 3 giugno 1987, (2) il *dattiloscritto* distribuito all’*Associazione Italiana Diritto Comparato* il 4 giugno 1987 e poi (3) il testo *a stampa* del 1989, che si trova nella voce “Comparazione giuridica” nel *Digesto*, IV edizione, a firma Sacco, Gambaro e Monateri.

Questi tre testi, come vedremo, sono diversi.

In realtà esiste, già espresso in forma di tesi, un testo ancora più risalente contenuto in una lettera di Sacco a Gino Gorla, datata 3 giugno 1981. Qui non riprodotta, in quanto lettera privata, consultabile nei miei archivi. Il che dimostra che alle spalle dei testi pubblici esiste un *Ur-text* già compiuto. Il testo è accluso alla lettera dell’81 ma si riferisce a un ‘proclama’ delle tesi che sarebbe dovuto avvenire durante le Giornate Gino Gorla tenutesi a Torino nel 1979, ma non lo fu. Le tesi di Trento avrebbero quindi potuto (dovuto?) essere le Tesi di Torino. Chiunque voglia quindi fare la storia delle Tesi deve necessariamente riferirsi a un’epoca risalente almeno al ’78-’79, epoca in cui forse Gambaro, ma certo non io, potevamo avere influenza su Sacco, anche se poi firmammo insieme il testo dell’89 della loro edizione a stampa nella quarta edizione del *Digesto*. Nella lettera del 3 giugno 1981 Sacco si dice disposto a incontrare a Roma Gorla il 10 di giugno per discutere “i cinque punti che *mi paiono decisivi* per discutere una *corretta* impostazione in tema di comparazione”, per “farli circolare” e “aprire la discussione sul *nostro circolo*”.

Non so quale sia stata la risposta di Gorla, né se l’incontro del 10 di giugno ebbe luogo. Fatto sta che in quel tempo i punti non furono fatti circolare. Fatto sta anche che il “circolo di Trento” era concepito da Sacco con riferimento a Gorla come il “nostro circolo”. Tutto fa dedurre che la risposta di Gorla fosse stata negativa.

Comunque sia, per riassumere il contenuto delle tesi, che divennero le Tesi di Trento, riportiamo quanto segue: la prima tesi è quella della conoscenza come scopo della comparazione. Seconda e terza tesi si

alternano, perché nel dattiloscritto e nella stampa la seconda diventa terza e la terza diventa seconda, ma sono dopotutto interscambiabili, perché sono quelle sulla comparazione intesa come scienza storica. La quarta tesi, alla quale accennava Gian Maria Ajani, è quella sulla comparazione che controlla la coerenza dei formanti e, in realtà, l'espressione "coerenza dei formanti" compare in uno solo dei testi. Essa è soprattutto indirizzata al controllo tra proposizioni teoriche e regole operazionali, questo va ricordato: non è che vi siano vari formanti e allora c'è anche il formante zingaro. Qui Sacco fa un'operazione che, dal mio punto di vista, è sempre stata molto simile a quella marxiana della critica dell'ideologia. La questione dei formanti è quella del controllo tra proposizioni teoriche e regole operazionali, quindi dell'auto-ideologia e della autorappresentazione che un sistema fa di sé stesso. La quinta tesi è quella del *non monopolio*, ovvero quella per cui il giurista municipale non è privilegiato nella conoscenza del suo sistema, onde è lo sguardo dall'esterno (il *distant reading*?) del comparatista quello che serve a una migliore comprensione.

Sul punto vi fu un intervento di Di Robilant. Prima di venire a Trento. Rodolfo e io andammo da Di Robilant, il quale insegnava soprattutto epistemologia del diritto, filosofia del diritto come epistemologia, ed era l'epoca in cui erano in vigore i numerosi dibattiti su Popper, Lakatos, Kuhn.

In quel momento, dunque, l'interesse era forte per tali tematiche e Di Robilant fece varie critiche di cui Sacco tenne in parte conto. Solo in parte, e, comunque, questa sulla 'epistemologia' della comparazione è la tesi che ha suscitato e continua a suscitare più dibattiti, specie tra gli italiani e specie a riguardo degli "scopi ulteriori" della comparazione. Tesi che è ritenuta la "più sacchiana" di tutte. Mentre posso testimoniare che vi fu un intervento di Di Robilant e che, come tutti quelli che lo hanno conosciuto sanno, a Rodolfo importava poco o nulla degli scopi della comparazione. Il suo articolo su *buts et méthodes* della comparazione, che è il vero antecedente di questa tesi, è tutto scritto *contro* l'interrogarsi sugli scopi della comparazione. Ciò che Rodolfo pensava sul

punto è stato messo in linea da Pierre Legrand¹. Chiunque sappia il francese può leggerlo.

2. La prima tesi, come vedete, è espressa nel testo più travagliato del manoscritto, quello in cui Sacco ha cancellato, come giustamente si ricordava, l'espressione "Circolo di Trento". Queste in origine non erano le *Tesi di Trento*, erano le *Tesi del Circolo di Trento*, che doveva di lì a poco costituirsi. E qui vi fu uno degli interventi negativi, secondo me, di Di Robilant, anche perché di Robilant ci prese un po' in giro, dicendo: "volete proprio fare il Circolo di Vienna?". "Sì, vogliamo fare il circolo di Vienna!", rispondemmo noi. Per cui l'idea era ovviamente un po' goliardica: c'era il Circolo di Vienna e il Circolo di Trento. Ma insomma, Sacco stesso ci ha ripensato e vedete infatti che dopo averlo scritto, decide di cancellarlo e rimangono così solo le *Tesi di Trento*. Poi, come si può vedere dal manoscritto, Sacco lavora e medita molto sul testo, cancella, riscrive, cesella: "comparazione giuridica intesa come scienza", "ha come oggetto la conoscenza", "mira in modo necessario alla miglior conoscenza dei *dati* giuridici", ecc. Quindi semplifica molto il testo, che poi diventa il dattiloscritto della prima tesi "la comparazione giuridica *intesa* come scienza" – onde, essendo qui essa 'intesa' come scienza, potrebbe anche esserci una comparazione giuridica *non* intesa come scienza, e questa è, come dicevamo, quella più frequentata dagli italiani. Sull'espressione "dati giuridici" di Robilant sollevò cumuli di obiezioni, però qui Sacco rimase fedele alla sua stesura originaria.

1° tesi

La comparazione giuridica, intesa come scienza, mira in modo necessario alla migliore conoscenza di dati giuridici.

Compiti ulteriori – ad es. la promozione del modello legale o interpretativo migliore – meritano la più grande considerazione, ma rappresentano un fine solo eventuale della ricerca comparatistica.

¹ P. LEGRAND, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 47, n. 4, octobre-décembre 1995, pp. 943-971 (<https://doi.org/10.3406/ridc.1995.5171>).

Come si può leggere: “compiti ulteriori – per esempio, la promozione del modello legale e interpretativo migliore – meritano la più grande considerazione, ma rappresentano un fine solo eventuale della ricerca comparatistica”. Certo, uno può fare quello che vuole della ricerca comparatistica, può dare suggerimenti alla Corte, dire che il modello inglese è favoloso, che non lo è, che ci vuole il cumulo di responsabilità o che non ci vuole il cumulo di responsabilità, però – appunto – questo è uno scopo “ulteriore”, non richiesto. Passiamo ora alla versione del Digesto.

ogni e qualsiasi scienza, e noi lo enunceremo come
PRIMA TESI: Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa comparazione giuridica non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in genere il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica.

L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione; ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto.

La nostra tesi non è certo peregrina, né nuova.

Il maestro dei comparatisti italiani, Gorla, scriveva nel 1963 (senza dire nulla di nuovo): « Infine, come per lo storico e per il teorico generale o il filosofo del diritto, gli interessi immediati del comparatista sono interessi di conoscenza pura » (9).

La comparazione offre alla scienza giuridica i processi adatti a controllare le ipotesi (in particolare: le identificazioni) elaborate dal giurista territoriale.

Per un'analogia, tratta nell'ambito delle scienze sociali, ci si può soffermare su un esempio, che oramai

Come vedete, qui la prima tesi è moto più lunga e complessa e secondo me è più interessante perché la versione del Digesto è datata '89, ma per quanto io ricordo questo è lo *Ur-text*, cioè il testo originario, tant'è che è quello più complesso e non così raffinato come quello che

fu sottoposto a di Robilant. Normalmente si suppone che il testo più semplice sia l'originario, e i più complessi ne siano delle elaborazioni. Ma è una presunzione che può essere vinta dalla prova contraria. Talvolta i testi seriori sono una semplificazione di quelli originari.

Poi, nel convegno di Trento, Sacco lo scrisse a mano e fu quindi copiato a macchina da Alba Fiorellini, in via Santa Croce 65. Nell'immagine di prima, si nota chiaramente che la trascrizione è stata effettuata con le prime macchine da scrivere che erano in grado di giustificare il testo, ed erano quelle Olivetti enormi che tanto piacevano alla Fiorellini.

Il testo a stampa suona così:

il compito della comparazione giuridica senza il quale essa comparazione giuridica non sarebbe scienza è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in genere il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica.

Si noti quante ripetizioni farraginose si fanno nel testo: essa... essa, ecc. rispetto alla linearità della frase iniziale del dattiloscritto. E ritorni proprio a varie di quelle parti che furono *cancellate* nel manoscritto.

In conclusione: questa è diventata la versione ufficiale a stampa, ma è quella più originale, che in realtà venne semplificata nel processo di redazione del manoscritto che si trasformò in dattiloscritto, e poi ripescata per la pubblicazione.

2ª tesi

Non esiste scienza comparatistica senza misurazione delle differenze e delle identità che intercorrono fra i vari sistemi giuridici. Non si fa scienza comparatistica finchè ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverge aree.

«So punto esporre una SECONDA TESI: La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo il criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche (13).

Si noti che la comparazione, in quanto scienza del fattuale, normalizza la posizione del diritto e della scienza giuridica nei confronti delle grandi classificazioni proposte dalla semantica. Di fronte all'affermazione secondo cui la scienza giuridica sarebbe priva di un referente, perché le sue proposizioni sono esse stesse presentive, la comparazione utilizza come referenti tanto la regola giuridica operazionale, quanto le formule in cui questa regola viene verbalizzata.

Per rendere conto di come andò il processo di redazione, si noti come il dattiloscritto torni sulla formulazione originale, obliterando nel finale le correzioni che erano state apportate al manoscritto.

Come si vede il testo non combacia assolutamente con quello del manoscritto e del dattiloscritto, per l'inversione che vi fu tra seconda e terza tesi. Comunque, nella seconda tesi: non esiste scienza comparatistica senza *misurazione*. Quindi la questione dei metodi quantitativi è nobile, diventa anzi assai importante perché ovviamente all'epoca "misurare" non significava "quantificare", ma col tempo lo può invece diventare. Veniamo, quindi, alla terza tesi.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

Trento, 1988

3° tesi:

Il comparatista rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni della vita giuridica realizzati nel passato o nel presente, considera le stesse proposizioni giuridiche (fra cui gli atti del legislatore e del giudice, e le definizioni del dottrinario) come fatti storici, e tende ad accertare ciò che è realmente accaduto. In questo senso, la comparazione è una scienza storica.

3° tesi

Il comparatista rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni della vita giuridica realizzati nel passato o nel presente, considera le stesse proposizioni giuridiche (fra cui gli atti del legislatore e del giudice, e le definizioni del dottrinario) come fatti storici, e tende ad accertare ciò che è realmente accaduto. In questo senso, la comparazione è una scienza storica.

Questa situazione ci consente di enunciare una
TERZA TESI: *La comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree.*

Nell'insegnamento italiano si fa posto a materie schiettamente comparatistiche (sistemi giuridici comparati, diritto privato comparato, ecc.), e a materie «areali» (diritto angloamericano, diritto dei paesi socialisti, diritto islamico). Queste ultime possono sembrare rivolte al puro studio del diritto «straniero»: ma la verità è che lo studio di un ordinamento straniero, effettuato da uno studioso di formazione italiana, è, di regola, implicitamente comparatistico, perché pone continuamente a confronto la categoria giuridica «straniera» con le categorie nazionali, sottolineando le coincidenze e le diversità, e mettendo così in luce i dati impliciti del sistema straniero.

Il manoscritto non presenta ripensamenti e il dattiloscritto lo riproduce. Il comparatista, dunque, rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni della vita giuridica realizzati nel passato o nel presente – quindi non c'è il futuro – e considera le stesse proposizioni giuridiche alla stregua di fatti storici. Una data interpretazione diventa per il comparatista “un fatto storico”. Laurent ha interpretato il codice in una data maniera. La Corte di Cassazione belga ha interpretato quella norma in un certo modo. La Corte di Cassazione francese in un altro modo ancora. Quindi scopro che la soluzione sull'atto di alienazione da parte dell'erede ap-

parente è diversa in Francia e in Belgio, nella giurisprudenza e nella dottrina, anche se la norma è sempre la stessa. È questa invero la dissociazione dei formanti, aspetto assai caro a Rodolfo.

In questo senso, la comparazione è scienza storica, e questo va sottolineato, perché ovviamente poi i comparatisti, dicendo che “comparison involves history”, si sono creduti degli storici, ma non hanno mai lavorato come gli storici. Rinuncio a fare polemiche sull’uso del metodo storico e dico solo che gli storici considerano importante vedere le fonti originali, conoscendone la lingua, e sapendone leggere la grafia. Lo storico dell’epoca carolingia sa leggere il semi-corsivo carolino, il comparatista no, ma ne parla. Il punto non è questo. In tale tesi ‘scienza storica’ è utilizzato come contraltare di ‘disciplina normativa’. Per il civilista o costituzionalista, una interpretazione è commendevole, da biasimare, da mutare, da proporre. Per il comparatista una data interpretazione è un fatto storico. È successa. Questa tesi si ricollega quindi alla polemica sulla ‘neutralità’ della comparazione, e quindi agli scopi della comparazione. La comparazione *non* è una scienza dogmatica, nel senso che non mira a creare mediante concetti nuove interpretazioni del diritto, né a sovvertire quelle esistenti. Gli ‘scopi ulteriori’ della comparazione sono quindi scopi di dogmatica o di *politica del diritto* che a Sacco non interessavano. Ovviamente chi fa il comparatista come scienza e il civilista come disciplina normativa, potrà utilizzare la prima per la conoscenza, e la seconda per proporre soluzioni. Sul punto, come dicevamo, gli strali di molti italiani si sono appuntati *come frecce dei Parti*, ma la distinzione qui tracciata da Sacco è esattamente la stessa che si può ritrovare in Franz Wieacker, ovvero la differenza tra

le odierne discipline normative, la dogmatica teologica e quella giuridica, in quanto esse sono dirette, *non già a una conoscenza spregiudicata della verità o della realtà*, ma piuttosto a dare fondamento in forza di una autorità a un sistema vincolante di nozioni².

² F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, tr. it. di U. Santarelli, Milano, 1980, p. 60, nt. 17.

4. Quarta tesi: “la conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito precipuo di controllare sia la coerenza dei formanti [...] sia gli elementi che compongono e determinano i singoli contrapposti formati”. Ed ecco che la parola “formanti” compare nell’87, mentre *scompare* nel testo dell’89, a riprova che quello dell’89 è lo *Ur-text* rispetto a quello dell’87, che è più avanzato dal punto di vista teorico. Infatti, l’edizione del digesto si rifà ancora agli “elementi di ciascuno sistema” che rendeva il francese *composantes* utilizzato da Sacco in *Buts et Méthodes* e nel *Transfert de la propriété* su cose mobili. Fu a partire da questa nozione di componenti che poi Sacco introdusse la, da lui tanto amata, locuzione tecnica di ‘formanti’. Ed una volta di più il testo dell’87 (il testo di Trento) è più ripulito e meno farraginoso di quello dell’89, proprio perché ne è un raffinamento. E infatti, a riprova, il termine ‘formanti’ *non* compare nella lettera dell’81 a Gino Gorla, così come non compare in quello dell’89. In sostanza il testo a stampa ricalca la lettera dell’81 e non l’elaborazione intermedia dell’87, la quale, come elaborazione che ebbe luogo a Trento, fu poi quella di maggior fortuna!

una QUARTA TESI: La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. In specie, essa controlla se le regole operazionali presenti nel sistema siano compatibili con le proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali.

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

Trento, il _____

G. Gorla

La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei formanti presenti in ogni sistema giuridico; sia gli elementi che compongono e determinano i singoli contrapposti formati.

In particolare, essa controlla la coerenza fra le regole operazionali presenti nel sistema e le proposizioni teoretiche elaborate per rappresentare le regole operazionali.

4° tesi

La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare sia la coerenza dei formanti presenti in ogni sistema giuridico, sia gli elementi che compongono e determinano i singoli contrapposti formati.

In particolare, essa controlla la coerenza fra le regole operazionali presenti nel sistema e le proposizioni teoretiche elaborate per rappresentare le regole operazionali.

QUINTA TESI: *La conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema. Al contrario, il giurista appartenente al sistema dato, se da una parte è favorito dall'abbondanza di informazioni, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazionali del sistema considerato.*

(16) Cfr. SACCO, *Les buts et les méthodes* cit., 120; ID., *Droit commun de l'Europe et composantes du droit* in *New perspectives for a common law of Europe*, Firenze, 1978, 95.

(17) SACCO, *Un cryptotype en droit français: la remise abstraite*, in *Etudes offertes à R. Rodière*, Paris, 1981, 273.

Partendo dalla prima immagine, come potrete notare, naturalmente, la prima firma del manoscritto è Rodolfo Sacco. Poi, come sempre, Ugo Mattei si è subito infilato – non era neanche ancora ricercatore allora, credo – ma si infila comunque con un ottimismo spavaldo. Come dicevamo, c'è Rodolfo Sacco, c'è Ugo Mattei, con una grafia che va tutta verso l'alto, Gambaro, la cui grafia tende verso il basso, era un po' più pessimista, e poi appunto Marco Guadagni, Massimo Santaroni, che non va qui dimenticato come firmatario delle tesi, Valeria de Lorenzi, Michele Graziadei, Gian Maria Ajani, Silvia Ferreri, Oreste Calliano, Angelo Chianale, Gian Antonio Benacchio, Elisabetta Grande, Mario Colombatto (forse), Paolo Gallo, Roberta Aluffi Beck-Peccoz, Luigi Carosso che fu a un certo punto in auge nella nostra scuola e poi scomparve, Francesco Castro e poi, con la sua prosopopea, Monateri, con la "t" addirittura "sopra"... mentre Mattei le sue "t" se le taglia, va verso l'altro ma se le taglia.

Ora, come potete vedere nell'immagine poco sotto, nel dattiloscritto compaiono invece solo Castro, Antonio Gambaro, Aldo Frignani, Attilio Guarneri, Pier Giuseppe Monateri, Rodolfo Sacco. Le firme sono poste in ordine alfabetico. Questa distinzione tra il manoscritto e il dattiloscritto si creò in realtà perché Rodolfo stesso ritenne di non potere presentare al convegno dell'AIDC un documento firmato anche da chi

non fosse già di ruolo. E per questo e *non altri motivi*, il dattiloscritto è firmato solo dagli ordinari.

Cendon non compare nel manoscritto per la buona ragione che non era presente e aderì telefonicamente, dopo una certa qual insistenza di Rodolfo.

- 2 -

di accertare se nei varii sistemi, alla formulazione teoretica A corrisponda sempre la regola operativa A'; o se invece (come si riscontra di fatto) ad una sola formulazione teoretica corrispondono nei diversi sistemi, regole operative diverse, e se ad una sola regola operativa corrispondono, nei diversi sistemi formulazioni teoretiche divergenti.

La quinta tesi smentisce il consueto luogo comune per cui solo il giurista di un sistema dato sarebbe competente a parlare del sistema considerato.

Nessuna delle cinque tesi intende in alcun modo sminuire l'importanza ed il valore di metodologie e prassi operative diverse da quelle in esse indicate; il loro scopo è unicamente quello di enunciare ciò che costituisce l'aspetto essenziale della scienza comparativa così come essa è sentita e praticata da coloro che nelle tesi si riconoscono.

Porgiamo un saluto cordialissimo a tutti coloro che ci leggeranno.

Francesco Castro. Paolo Cendon. Aldo Frignani. Antonio Gambaro. Marco Guadagni. Attilio Guarneri. Pier Giuseppe Monateri. Rodolfo Sacco.

5. Per concludere, quale era l'idea che Rodolfo aveva della storia? *Verum ipsum factum*, potremmo dire. E da qui, secondo me, si può ripartire, perché come giustamente ha detto ieri Giorgio Resta è ovvio che per il civilista interno, il costituzionalista interno, ecc., la questione dell'avvaloramento di un certo sistema di nozioni è importante ma per il comparatista è tutta un'altra cosa, perché lo considera, appunto, come un fatto storico. Per esempio, per avvalorare il diritto di aborto la Corte Suprema ha detto che nella Costituzione si ritrova il diritto alla *privacy*, che comprende quello di abortire, anche se la Costituzione non parla né di *privacy* né di aborto. Lo sappiamo, la questione è dibattuta, ma che ci sia stata quella interpretazione è un fatto storico. Questo fatto storico è registrato in *Roe v. Wade*. Allora qual è la differenza tra avvalorare un sistema di nozioni e un *ipsum factum*? Ve lo mostro con un piccolo aneddoto: il modo in cui Rodolfo stilava i verbali. Rodolfo e io siamo stati, per anni, seduti vicino nello stesso Consiglio di Facoltà e ogni volta lui faceva il verbale "storico", non il verbale dogmatico, giuridico, quello che va depositato e che deve piacere agli uffici. E quindi riportava i fatti storici, avvenuti durante la riunione:

Convocata la riunione alle ore 16:00. Il Direttore dapprima non apre la seduta. Alle 16:06, pentito della mancata apertura, la apre. Il prof. Mattei colloca tutto il braccio sinistro sullo scrittoio, accavalla le gambe portandole a livello dello scrittoio stesso, e tiene il piede destro nella mano sinistra. Il prof. Mattei va via, ma gli altri lo trattengono, allora lui non va più via. Ma poi il prof. Pagallo, avendo preso la parola, va via, invitato dal prof. Bin. Onestamente, nessuno ne sente la mancanza e la seduta prosegue.

Caso, non... Rodolfo dice.
 Prof. Mattei, 16:06, il Direttore dapprima non apre la seduta. Alle ore 16,06,
 pentito della mancata apertura, apre.
 da una parte e qui...
 Il prof. Mattei colloca tutto il braccio sinistro sullo scrittoio, e
 accavalla le gambe portandole al livello dello scrittoio, e
 tiene il piede destro nella mano sinistra.
 Il prof. Mattei va via, ma gli altri lo trattengono e allora
 lui non va più via. Ma poi, il prof. Pagallo avendo preso la parola
 va via, invitato dal prof. Bin.
 Onestamente, nessuno ne sente la mancanza, e la seduta
 prosegue.

Per concludere davvero, *that is history and that was the irony of Sacco*, questa è la grande ironia con cui Sacco riportava il *verum ipsum factum* rispetto alle costruzioni e ai sogni della dogmatica.

Appendice 1: le obiezioni di Di Robilant

Di seguito, un appunto di Rodolfo, non datato, ma probabilmente risalente al maggio 1987, in consultazione nei miei archivi.

[Nota: con Di Robilant non si discusse mai di ‘formanti’, ma di “componenti” dei sistemi giuridici.]

Di seguito, la trascrizione del testo:

1.a tesi: questa non deve essere una definizione “essenzialista” ma una scelta che noi facciamo. [Essendo DI Robilant un ‘popperiano’ naturalmente non credeva che esistesse qualcosa come l’essenza di una disciplina, ma solo un dato uso convenzionale del linguaggio]

2.a tesi: ‘vera’ comparazione, assolutamente non va. La scienza non può provare il vero.

3.a tesi: Modello. Metascienza si è soffermata su modello. Qui ha valore equivoco. Non ha valore tecnico. *Ergo* togliere, perché si confonde con modello in senso tecnico (costruzione artificiale volta a rappresentare in modo sintetico un dato della realtà).

Modello → fenomeno.

Modelli giuridici → fenomeno del passato.

Qualificare la comparazione come scienza storica significa andarsi a cacciare in un ginepraio metascientifico.

4.a tesi: Sic questi stessi elementi → x

In generale:

‘verifica’ → saggia, controlla, prova

‘coerenza’ → corrispondenza, compatibilità

‘rendere conoscibili’ → rappresentare

Cerca di controllare la rappresentazione teoretica che viene data di quei fenomeni.

“ha il merito” → avrà anche altri meriti.

“conoscenza”: ? affermazione amplissima.

Ciò che si falsifica è una proposizione operativa non teoretica: falsifico un mero fatto, sociologico, di sociologia della cultura, ma non la proposizione. (?)

SINTESI: evitare ‘conoscenza’, ‘falsificare’, ‘verificare’

Sistema: da evitare. coerenza

Si fa scienza quando si rappresenta una realtà, cioè si crea una figura.

L'elemento è infalsificabile.

Rendere conoscibili: NO NO NO → rappresentare

Teoretiche: conoscere per teorie è solo uno dei modi di conoscenza

Ergo 'rendere conoscibili' → rappresentare

[La comparazione] cerca di controllare la rappresentazione teoretica che viene data di quei fenomeni [del passato].

Appendice 2: lettera di De Nova datata 4 maggio 1987

Di seguito, la trascrizione del testo:

Caro Rodolfo,

grazie per avermi inviato le "Tesi".

Aderisco alle tesi 2.a, 4.a, 5.a

Non alla tesi 1.a, perché non mi pare che quel compito possa dirsi essenziale, e non invece gli altri.

Non alla tesi 3.a, perché non mi pare che la comparazione riguardi "ciò che è realmente accaduto" più di quanto non riguardi "ciò che è realmente accaduto" la ricostruzione di un diritto vigente in un ordinamento.

Nel complesso, mi chiedo se le tesi non siano destinate più a dividere che a unire, e se siano idonee a una consacrazione formale.

Un saluto affettuoso,

Giorgio

Appendice 3: lettera a Gorla datata 3 giugno 1981

■



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
Facoltà di Giurisprudenza

Torino, 3 giu. 1981

Caro Gorla,

ti accludo i cinque punti che mi sembrano decisivi per distinguere una corretta impostazione in tema di comparazione.

Se avessimo un certo nucleo di consensi in Italia, potremmo poi farla circolare un pochino anche all'estero - Facoltà, Accademici riviste - , e aprire la discussione sul nostro circolo.

Se ti pare che valga la pena di parlarne, potrei venirti a trovare a Roma il 10 giugno mattina.

Ricevi l'espressione dei miei sentimenti devoti, e insieme un saluto affettuoso,

Rodolfo Deo

LO STILE COMPARATISTA “TRENTINO-RODOLFINO”: LA RICEZIONE SUGLI INCISORI PROCESSUALI CIVILI

Claudio Consolo

1. Di solito rifuggo, evito occasioni di incontri fra compagni di scuola, commilitoni e cose di questo genere. Per l'incontro di oggi è tutt'altra cosa, anche se può prendere un pochino questa patina con i pochissimi che non capitava più di frequentare. È, in sostanza, una chiamata a una riflessione comune, quindi spassionata, su come e da dove siamo arrivati a Trento, che cosa abbiamo di peculiare trovato a Trento, nata e concepita come sappiamo, e poi in ordine a cosa ci siamo portati via pur spargendoci in altre sedi e in altre esperienze (magari differenti da quelle di origine) dopo essere stati mediamente sette o otto anni in questa facoltà di cui, peraltro, tutti penso condividiamo un ricordo molto bello. Questa credo sia una nota comune, al pari della atmosfera se non proprio da *foundling Fathers*, almeno da alacri collaboratori del nostro Progettista, quindi sintonici con un modello inconsueto di educazione giuridica. Sì: perché non solo subito si era influenzati da quel radicale piano progettuale, rivolto agli studenti ma fatalmente anche a noi, di solito alla prima sede come vincitori di concorsi, ma pure dalla vigorosa e inconsueta personalità sia scientifica sia accademica, sia nel complesso dal tratto umano imprevedibile e senza bemolli di Colui che aveva forgiato, pressoché in fuga solitaria, la struttura della piccola ma ambiziosa nuova facoltà. Su Rodolfo Sacco, giurista rivoluzionario in veste e con taluni gusti da conservatore, sappiamo da gran tempo molto e in questo incontro abbiamo, specie ma non solo da Gambaro, appreso altri tasselli, tutti ben incastonati nella cifra di insieme, che vira ormai verso la Leggenda (del reso credo esattamente come Lui desiderava). Meno arduo ma non privo di esigenze di *subtilité* evocare il *milieu* e l'*acquis* del virgulto processuale della scuola padovana ivi giunto nei primi mesi del 1986, la sede più misoneista come Sacco

da tempo la etichettava, conoscendola (abbastanza) bene e non solo per le inebrianti esperienze somale (mentre in quelle più grigie patavino-tirolesi non si era fatto coinvolgere, mostrando fiuto infallibile).

Allora arrivare in una siffatta Trento giuridica poteva essere abbastanza lacerante per il processualcivilista di formazione più che tradizionale, direi classicheggiante (la cattedra di Padova nel Novecento aveva inanellato Cammeo, Carnelutti, Satta, Allorio, Attardi e nessun altro, e nello scorcio di quello stesso secolo, che forse solo ben le si addiceva, *in extremis* potei financo... agguantarla).

Eppure quello strofinio a tratti mordace di *formae mentis*, derivante in Trento a fine anni Ottanta dalla ostentata demunicipalizzazione e apertura grandangolare, non fu affatto sgradito per chi evidentemente era già entrato a contatto con alcune almeno, certo le più usuali fra le dimensioni della comparazione. Nel campo dello studio del processo civile, specie nelle scuole centro-settentrionali, la dimensione comparatistica era stata non dico parimenti esaltata con lo sguardo a ogni punto cardinale, ma sempre tenuta presente e nutrita con la costante attenzione alla trinità composta dalla matrice franco-tedesca e, filialmente, alla fortunata ricezione italiana. Qualche lingua e soprattutto qualche familiarità con il linguaggio altrui di elaborazione dei risultati dello studio era quasi un presupposto del nostro processo di iniziazione. Lo rendeva baldanzoso, non assopito o supino.

Fin qui piena convergenza con il nuovo alveo, con reazioni a tratti appena un poco più stranite di quanto sarebbe accaduto provenendo dalla scuola di Pavia o da quella di Firenze (che accolse e crebbe con l'Amico qui onorato). E per e non di meno l'incontro mediato e talora immediato e scintillante con l'*allure* scientifico e con la personalità spiccatissima di Rodolfo Sacco, e il lavoro in e di facoltà anche con vari suoi allievi, quelli che ora rivedo con evidente piacere e mai del resto poi persi di vista, è stato fonte di notevole stupore per certi versi e di notevoli effetti, di significative influenze che, evidentemente, non sono cessate, anzi son venute crescendo, quando, per la metropoli lombarda, si è lasciata Trento. Con sentimenti contrastanti, ben si comprende.

Dicevo (e qui c'è di fronte a me il più importante dei processual-comparatisti attuali, che è Nicolò Trocker, e che ringrazio per la pazienza con cui ascolta e accoglierà questi svagati pensieri) che noi tutti,

specie allora, nella nostra materia, tendenzialmente la dimensione comparatistica l'abbiamo sempre tenuta presente, perché lo studio del processo è di per sé (o almeno era di per sé) un pochino astratto dalle peculiarità nazionalistiche municipalistiche. Approccio insito nella enfasi per la fondazione postpandettistica di costruzioni sistematiche, quale innervatura germinante e miglior spiegazione delle reali possibilità del dato positivo (a sua volta storicamente condizionato e riforgiato alla stessa stregua, sia geneticamente sia strutturalmente, specie il ‘nuovo’ libro VI del c.c. e il coevo e consustanziale libro I del c.p.c.). Con la Mitteleuropa, ma ancora un po’ pure con la Francia cui si abbeverarono un tempo gli autori dei codici sardi, è esistita una sorta di *koinè* del metodo e del linguaggio processuale, sottesa ai ‘dialetti’ locali. Al fondo, ancor prima del crogiolo ottocentesco, il trapianto di non smodati dogmi e teorie si radicava in quello che Picardi e Giuliani evocavano nella sintesi del modello isonomico di svolgimento della dialettica processuale, in aderenza stretta ai suoi possibili oggetti di diritto sostanziale e dei relativi confini e nessi, quella dimensione triangolare di rapporto con alcuni tratti postgiusnaturalisti e di reazione al procedurismo del diritto comune che, più accentuata in certi paesi meno in altri, comunque permea(-va) l’oggetto stesso del nostro studio, come Noerr ci era venuto meglio mostrando (e da noi per es. Nasi).

E quindi non solo la dottrina tedesca, che sulla scia chiovendiana (e in genere di tutte le correnti germinate da Vittorio Scialoja) a volte veniamo accusati di aver privilegiato, ma anche la dottrina francese e per certi versi anche la dottrina di *Common Law* (almeno nelle sue maggiori razionalizzazioni negli Stati Uniti dagli anni Trenta, quando inizia l’epoca della primazia, ottenuta in gran parte per la ragione di espulsione di tanti ingegni che sappiamo e che tanto ha tarpato le ali in Europa), è sempre stata presente, così come forse anche le regole operazionali delle rispettive giurisprudenze, non del tutto opache all’attenzione dei più scaltriti, o insomma più illuminati analisti (Cappelletti per primo). E questo, fin dall’epoca di Chiovenda, il quale nasceva romanista e a modo suo era uno storico e quindi un poco *ante litteram* anche un comparatista (era appunto allievo di Scialoja e sensibile alla combinata lezione di Wach-Klein).

La cosa non deve nemmeno stupire molto, perché la dimensione storica – e già qualche tinta sociologica, ripresa da Denti – era poi insita in tutta la sua esistenza, fin dal momento della tesi di laurea romana sulle spese processuali, come pure dai primi interessi di Klein nel campo degli abusi processuali.

Poi in non pochi avevano e abbiamo proseguito, nella materia, sempre all'insegna di questa sensibilità: perché qui a Trento si è oggi naturalmente parlato del roveretano Cappelletti, che Sacco stimava moltissimo quale alacre stimolatore culturale, ma non dimenticheremo che Cappelletti era allievo di Calamandrei, un allievo fedelissimo di Calamandrei, che ha cercato di proiettare il percorso di Calamandrei nella direzione che già era segnata da almeno dieci anni dal suo Maestro, mancato prematuramente nel 1956. Egli era stato catalizzatore, nel 1950, della nascita della Associazione internazionale a Firenze, che germinava da idee e progetti della fine dei cupi anni Trenta e dell'esule James Goldschmidt e del più giovane Zamora y Castillo (ognun ricorda come Calamandrei avesse un risalente rapporto con l'opera del primo, che molto ribaltava con la sua critica al classico pensiero processuale). Altrettanto è vero naturalmente per la scuola di Pavia: non si è ancora ricordato Denti, ma merita subito ricordarlo, e poi, dopo, gli allievi di Denti. Ma, a sua volta, Egli pure l'ha costruita dal o sul quasi nulla questa vocazione, nata in lui proprio dopo una giovinezza dogmatica, per il processuale comparato? Ovviamente no. Vi entrava Micheli (quello dello *stare decisis*) e Rotondi. Denti del resto lo incontrai poco dopo la laurea, perché il Maestro del mio Maestro, cioè Allorio, allora immediatamente, il giorno stesso della prima uscita post tesi di laurea, si mise in contatto con Vittorio Denti e mi spedì *ad horas* a Pavia: *ivi* Denti, con una pazienza e bonomia per lui forse inusuale, mi raccontava appunto dei suoi inizi con il giovane Micheli (il cui riferimento era Cristofolini, ma non poco anche Griziotti) e dei – come si può dire – germi di attenzione per il diritto comparato che già erano in questo processualista, adesso forse poco riconosciuto se non fra i tributaristi, che fu Gian Antonio Micheli, specie nel suo periodo pavese, ove mise a fuoco il tema dello *stare decisis* (similmente a Bigiavi ma prima) e quindi un bel po' di realtà sistemologica, sempre sulla giuntura fra sostanza e processo e sull'orizzonte comparatistico.

E potrei proseguire a lungo su questa traccia, per dare a ciascuno la idea che insomma non eravamo, un paio di generazioni dopo, del tutto imberbi e semmai forse solo un poco superbi, tipica malattia infantile; per, detto tutto questo, detto quindi che, per esempio, a me era capitato due o tre anni prima della laurea (estate 1975) di passare l'estate a Cambridge a una interessantissima specie di scuola di avvicinamento al *Common Law*, in cui, insieme a Biagi e a Liebman jr., ebbi modo di sentire e seguire dappresso grandi maestri, come per esempio Kurt Lipstein, l'internazional-privatista *ivi* emigrato che arricchì la atmosfera, non solo della sua attraente materia, ma in generale della intera *Squire Law Library* per ben più di mezzo secolo (e *ivi* si ficcò in testa che io fossi già un libero docente della sua materia: ottimo viatico); ma ascoltammo anche vari comparatisti. Lì si aggirava il vecchio Hamson – vestito... da Mr Chips – e il quasi giovane Jolowicz; entrai in contatto molto stretto con Lui; e c'era poi anche il giovane Markesinis, che conobbi allora e che continuai a frequentare poi dopo, purtroppo non abbastanza a lungo per soppesarne lo spirito corrosivo. E Weir e altri.

Ma detto tutto questo, e detto quindi che perfino dal punto di vista non solo dei diritti continentali ma anche con riguardo al *common law*, in alcuni di noi negli anni Settanta, serpeggiava una certa domestichezza in varie guise acquisita in origine, ebbene pur sempre venire e stare qui a Trento ha sicuramente segnato un cambiamento di impegno (adesso dicono tutti di paradigma, ma a me proprio non piace questa espressione che allude a schematismi). In sostanza, dell'intensità dell'impegno a cercare di trascendersi e di evitare ogni piatto descrittivismo. Perché quello che mi ha colpito, e credo valga pure per gli altri trentini Merlin, Chizzini, Montanari, De Cristofaro, Marinelli e le più recenti giovani studiose, e che quindi in parte si ritrova naturalmente ancora oggi nello studio del diritto comparato così come si sta svolgendo – ma che forse in quegli anni più lontani (gli anni Settanta, gli anni Ottanta) era particolarmente notevole – fu lo sforzo di dare una terza dimensione alla analisi (come nel *conflict of laws* internazionalistico, come sottolineò già Zitelmann, specializzazione che inspice anche un bel po' del lineamento interiore degli istituti richiamati con le regole di rinvio). E poi, forse, oltre a questa, financo una quarta dimensione (storico-linguistica per dirla in breve), allo studio del diritto: vale a dire cercare di studiare

tutti gli istituti (Antonio Gambaro ci parlava del contratto e del possesso, due istituti naturalmente centrali, ai quali Rodolfo Sacco ha dato apporti fondamentali) con una dimensione in più, un crivello in verticale che ci consente di capirli e abbracciarli meglio. Questo era abbastanza raro in precedenza; vi era già questa ulteriore proiezione che era data dal diritto comunitario, dall'influenza del diritto comunitario: presso di noi, per esempio, Alberto Trabucchi su questo argomento insisteva moltissimo con noi studenti.

Vi era già l'esigenza di vedere lo studio del diritto sostanziale nell'ottica della dinamica processuale, non escluso quella transnazionale euronunitaria, ma anche extraeuropea. Tuttavia, riuscire ad avere un'impostazione cognitivista, strutturalista, per certi versi felicemente recettiva di certi portati della linguistica strutturale (qual è quella che ci aveva mostrato nelle sue opere, poi dopo nel suo stesso agire didascalico, Rodolfo Sacco), insomma questo è stato un notevole salto in avanti, di cui poi non abbiamo più potuto fare a meno. Chiaramente dominava il vasto e antico campo del diritto privato, con radici tuttora visibili nelle evoluzioni nella traiettoria del diritto romano e del suo uso 'moderno'.

2. Una suggestione tutta particolare proveniva dagli Usa, cui anche la *Rivista di diritto processuale* rivolgeva una attenzione particolare, per impulso – console Liebman – di Denti, Cappelletti, Taruffo e dei loro allievi. Il tema sfrangiato degli interessi diffusi, in quel contesto di sensibilità progressiste, per vero dire mi attirava poco, ma proprio quando stavo qui a Trento da cinque anni, ebbi la fortunata possibilità di cominciare a studiare le *class actions* quale congegno ben più concreto e specifico, andando per un breve periodo in America, verosimilmente per sfuggire almeno per un poco alla troppo affezionata Signora Fiorellini e alle cure diurne della nostra Presidenza (all'epoca sottostaffata, in realtà solo bipersonale). E me ne andai a Filadelfia e da quel mondo nuovo (per me) eppur antico ne venni fuori in poche settimane con le suggestioni di fondo di un saggio presto pubblicato in una rivista americana (sperimentando il vaglio degli studenti della *Temple* di Filadelfia e del compianto Cappalli), pubblicato poi in versione progredita

anche in Italia sulla *Rivista di Diritto civile*, dedicato prima proprio agli studi per Sacco. Non a caso davvero.

Quel saggio, allo incrocio fra strutture e operazionalità, immaginato in settimane spensierate, con apparente ingenuità si chiedeva come mai le *class actions* all’epoca ancora non avevano avuto ricezione in alcun Paese di Europa, e a tale ambizioso fine aveva evidentemente cercato di sfruttare la lezione storico-comparatistica e anche gli addentellati del caso, sociologici ed economici, che deve avere pure il giurista (la linea Griziotti-Micheli-Denti-Tarello); vi si notava in sintesi che ostacoli invalicabili non ve ne erano, neppure in Costituzione (anzi). Per divenire *palatable* da noi e per la nostra mentalità giurisdizionale la pur attraente *machinery* della *class action* doveva tuttavia ricercare una concettualizzazione, anche quanto alle *dramatis personae* o meglio *figurae*, e se ne approntò, per la tipologia risarcitoria e specie per quella solo con *opt out*, una semplice ma incisiva e radicale: non già un nuovo tipo di liti-sconsorzio o anche di suo connubio con la sostituzione oppure con la rappresentanza processuale, ma la messa a fuoco della stessa *class as entity*, come unico attore che giunge a formarsi per e nel processo, in via davvero compiuta solo con la *certification*, con un ruolo dunque del *class representative* non come parte e neppure come rappresentante o anche come sostituto degli altri *similarly affected*, ma come organo della classe tutta insieme attrice proprio e solo essa, quale suo rappresentante paraorganico, assieme allo studio legale ideatore, etc., offrendo in questa chiave di lettura una linea di continuità a sparse decisioni della *U.S. Supreme Court* alla apparenza occasionali e fino ad allora non lette con questa lente (in anni recenti questa teoria, al crescere della componente conservatrice, è stata affrontata e rigettata sì, ma solo per i casi di classe prima della certificazione, ma direi davvero non confutata, dalla stessa S.C.: in effetti era un *drive* potenziatore, e non solo coerenziatore, non di poco momento). Una operetta di viaggio frettolosamente curata eppure piuttosto fortunata e tale che, sia caso o sia merito, fu seguita, da due anni dopo in avanti, da vari importanti saggi apparsi negli Usa appunto, sviluppati con maggior capillarità appunto sulla totalmente nuova, nella bibliografia precedente, *doctrine* della *class as entity* (senza, per vero, riconoscimenti di paternità).

Evidentemente, a parte una eco teorica, lo sforzo di omologazione, pur provenendo dalla penna di una persona ancora relativamente giovane e di modesto peso, doveva avere non solo influito sulla ricerca, ma soprattutto inquietato molto qualcuno nelle *Corporations*, e negli uffici legali del loro accorto mondo, forse di quelle delle sigarette. Non è un caso se, sempre dopo due anni, verso il 1994, puntuali apparvero due recisi scritti *pro veritate* di insigni Autori, uno di Pietro Rescigno e uno di Salvatore Galgano (sulle rispettive riviste *Giurisprudenza italiana e Contratto e impresa*), volti autorevolmente a dimostrare che la *class action* risarcitoria in Europa non solo non c'era (perché persino quello temevano potessimo indurre a dire: che già *de iure condito* ci fosse questo temibile moltiplicatore) e che comunque non vi sarebbe tanto presto sbarcata e non avrebbe di certo attecchito per ragioni saldissime di principio, quasi *aere perennius*. Il che in parte è vero, perché ci ha messo parecchio poi per approdare, siccome dovevano soddisfarsi tutta una serie di condizioni, alcune delle quali anche metagiuridiche che si è cercato in quell'occasione di valutare, di soppesare, di ponderare. Poi, piano piano, esattamente com'era previsto, è arrivata e si è diffusa ormai, in varie fogge per vero, con tanti freni anche di Bruxelles, in molti fra i Paesi europei, perché la intuizione fantasiosa e poi il lavorio di Beniamino Kaplan erano gravidi di frutti, anche se da noi il formante comunitario, chiamiamolo così, è ancora abbastanza latitante: solo negli ultimi anni financo quel renitente formante euorunitario si è mosso e si è un po' liberato della sclerosi dovuta al sistema ordinamentale tedesco, della grande industria ordoliberal (ostrogoto, insomma) che aveva costituito un grosso freno, soprattutto per l'operato della Commissione di Bruxelles.

3. In tanti altri campi, poi, perfino in quello dello studio della giustizia tributaria comparata (allora intonso), ma anche in altri, se non fossi stato a Trento non mi sarei forse neppure spinto; e da tale *incipit* ho cercato poi di proseguire in questa direzione, pur con le troppe distrazioni della tosto attinta metropoli (approdando nel 1992 alla quale, mi diedero un caldo benvenuto Colesanti, Schlesinger, Ricci, Portale, Benatti e anche Tarzia, egli tuttavia soggiungendo che lì la dottrina che

non si calasse nel traffico della vita economica con provetta professionalità era meno considerata che altrove: giocoforza cimentarsi e certo un po' distrarsi e sciogliersi dal clima da *would be* monaci-guerrieri della Trento rodolfina).

Per concludere queste *Erinnerungen* svagate, per la constatazione dei decenni fluiti, mestamente dicendo che non ho la sensazione che il diritto processuale comparato abbia, dopo di allora, dato frutti migliori di quelli che stava dando in precedenza. Anzi, par divenuto un tantino sciropposo o con vezzi da manco di *vigor*. Cioè, ho la netta sensazione (poi magari oggi pomeriggio il dire flautato e meglio avvertito di Nicolò ci aiuterà a capirlo di più) che attualmente il nostro panorama, almeno quello italiano, dal punto di vista dello studio comparatistico di diritto processuale civile, sia appagante, sia stimolante, sia interessante sì, ma non poi troppo coinvolgente per chi volesse ritrovarvi i gusti complessi e quasi cognitivamente esoterici del Credo sacchiano. In realtà, sono alcune persone un po' *agée* che continuano ad avere capacità di interessarci a fondo (questo tuo scritto evocativo dei *new challenges* me lo devi proprio mandare, dunque, caro Nicolò); ma fra i più giovani – e mi capita di leggerne tanti di libri, anche in ragione della commissione di abilitazione – devo dire che lo studio comparatistico un po' diverso da quello che chiamavamo esornativamente vetrinistico, io non lo vedo ben radicato. I giovani docenti trentini, che si distinguono sempre e in alta percentuale, sono infatti quegli stessi che erano gli studenti della facoltà negli ultimi lustri del secolo scorso: un esempio quasi unico in Italia, se non erro. Per loro, e certo anche per altri e altrove, le diagnosi che seguono non riflettono lo stato odierno dell'arte.

Sarà stata invece, specie altrove, mancanza da parte della nostra generazione di sufficiente vigore nel coonestare un metodo e una prassi, come soleva fare Rodolfo, specie nella sua stagione centrale pavese e torinese; sarà stata forse la maggiormente facile seduzione (che meriterebbe un'indagine psico-sociologica) che ha sui giovani una prassi che è tanto satanicamente tentante, perché in qualche modo replica ai loro occhi il mondo filamentoso dell'elettronica, dell'informatica e delle sue infinite *directories*: è un fatto che dilaga una nuova maniera, che sa di anticaglia, vale a dire la 'procedurite', l'attenzione spasmodica – e il trapianto ben al di fuori del *judicial process* – per gli snodi, per le mi-

nime articolazioni del procedimento (non del processo come rapporto isonomico, dialogico con ascendenze medievali), ma proprio dello svolgimento del procedimento (sì, è vero, qualcuno potrebbe dire che Sandulli aveva tanto bene studiato il procedimento amministrativo, ma appunto alla fine degli anni Trenta, in prorompente statalismo, per fortuna non è affatto finita lì neppure la dimensione a venire della giustizia amministrativa).

Nel diritto processuale civile attualmente direi che è preminente questo profilo, con una certa perdita di visione, quindi una certa incapacità finanche di approfittare della esperienza della storia e della lezione di fantasia dei *Patres* e anche dei *filii*.

4. Sacco era tanto affascinante (al colmo pandemico lo sognai in un grande palazzo che si apriva a Cambridge a lato della *chapel* del *King's* e fu lieto in quella ultima telefonata di apprenderlo) e non stupisce affatto se continua a lasciare il segno che vediamo, perché in realtà era nato con una testa da medievista, come ci racconta lui stesso in una delle sue confessioni-interviste. E aveva quindi il fascino, la verticalità ascensionale, ieratica financo, tipica di chi valorizza innanzitutto l'esperienza di dedizione propria di epoche antiche. Per lui parlare di Filippo il Bello era come per noi parlare di Letta o di Musk. Era un interlocutore avversato, se non ricordo male molto avversato, assolutamente contemporaneo e di grande rilievo nella sua vita. L'artefice della sovranità municipalmente confinata verso l'esterno e nei confronti al postutto del comune passato. E di un ancora atteso rinfrancato futuro.

Ecco, Sacco credeva – e lo dice in una di queste sue (troppe? La vanità sì non mancava, ma negli esiti traluce quale *felix culpa*) interviste – che noi processualciviliisti non fossimo felici della sua impostazione e la ribaltassimo appena possibile. Codesta sua impostazione, si sa, era la seguente, per venire a parlare un po' di orditura scolastica: collocare le cattedre che adesso si chiamano di prima fascia nella materia comparatista (diritto processuale civile comparato) e la cattedra di seconda fascia nella materia che lui chiamava municipalista, nella specie il Diritto processuale civile *tout court* (lo stesso per il Costituzionale, l'Ammini-

strativo, il Lavoro, non però per il Civile... Che poi rimase molto a lungo vacante).

Quindi in una di queste interviste, che per la verità non poche imprecisioni di fatto contiene, ma talune anche volute io credo, lui dice alla domanda ingenua di Chiarloni:

avevamo bandito una cattedra di processuale comparato, non ci hanno mandato un comparatista, ci hanno mandato un brillante processualcivile il quale nel 1990 – sbaglia anche le date, erano cinque anni prima di quanto lui dice, nel 1986 – la prima cosa che ha fatto è passare al processuale civile, abbandonare e senza alcun rimpianto il diritto comparato e la valente scommessa che adombrava.

Ma proprio niente di tutto questo accadde qui a Trento: ho insegnato per tre anni solo il processuale civile comparato, perché c’era appunto l’associato processuale civile, fra l’altro anche uno molto bravo e mi piace ricordarlo, il professor Levoni. Poi quando, come suo successore, ho preso le redini del diritto processuale civile, ho continuato a tenere anche il diritto processuale comparato. E poi comunque, ad a un certo punto e in via crescente, il nostro diritto processuale civile, quello che almeno alcuni di noi hanno cercato di praticare e insegnare, cioè di imparare ogni giorno, era fatalmente un diritto processuale civile storicizzato ‘comparatizzato’ e per pur sempre sistematizzato. Dopo tutto, non poteva certo provenire una critica all’impostazione sistematica proprio da Sacco che, non ingiustamente, era stato fatto oggetto non dico di accusa ma del rilievo paradiagnostico da parte di Vittorio Denti: vale a dire il fatto che in realtà più che diritto privato comparato lui (Sacco) faceva teoria generale, avvalendosi come di un microscopio della comparazione. Era rimasto, in ultima analisi, in qualche suo modo fedele (come è tipico in realtà di tutti noi virgulti universitari classici) a quello che era il nucleo migliore, il nucleo duro, il nucleo non obliterabile dell’insegnamento del suo Maestro Allara, e quindi un teorico puro della dottrina generale del diritto civile. E Sacco certo si librava in cieli assai più vasti e ne vedeva la ricchezza, ma non ne era disordinatamente abbacinato e, quindi, possiamo in effetti anche riguardarlo come un teorico della *Reine Rechtslehre* comparatistica, in questo diversissimo da tanti altri e direi quasi incomunicabile rispetto ad alcuni di loro.

Se uno prende David e prende Sacco, vive in due mondi totalmente diversi (discorso più screziato esigerebbero certo, che ne so, i testi basilari di Zweigert, facente perno sullo stile pentapartito, più plasticamente compreso da Merryman, o di Rudolf Schlesinger, via Gorla, ovviamente più congeniale e vicino): comunque, quello di David per certi versi molto più *d'abord* attraente e anche molto più facilmente accessibile; quello di Sacco (e anche questo è stato un insegnamento) estremamente impegnativo sempre, estremamente intenso, con un gradiente cognitivista – ben al di là della pur acuta terminologia dal sapore linguistico strutturale di formanti, crittotipi, enunciati non operazionali – che effettivamente anche per chi proveniva da una disciplina che aveva avuto tanti cultori profondi, beh continuava a stupire, come ho detto prima, a colpire, innervare e spronare, quasi come il sapere di un archeologo dello ordine giuridico, di quel paleontologo che a un certo punto volle pur *tout court* apparirci. Quanto poi noi... posteri siamo riusciti a darvi un seguito, questo naturalmente difficile dirlo, ma direi tendenzialmente no o non proprio.

5. Uomini e donne in effetti di poca fede, non debitamente credenti, troppo poco se non fanaticamente almeno metafisicamente ispirati e concentrati. Insomma, distratti e in una (beh, lunga) parola che molto evoca: *leichtgesinnte Flattergeister*, in genere, più o meno tutti noi, si potrebbe sintetizzare con la voce del Profeta (cristianizzato) musicata nel 1724 da J.S. Bach in Bwv 181: 'Poi che da tutti i lati ho pieno il foglio, finire il canto, e riposar mi voglio'.

Ammoniva, cent'anni fa, Calamandrei, nel suo discorso inaugurale dell'anno accademico 1921-1922, presso l'Università di Siena, e tanto vale a più forte ragione a non farci allineare agli esegeti proceduristi che imperano in questo inizio di secolo:

Certi seguaci intransigenti del metodo tecnico-giuridico, i quali, ritenendo estranea al campo del giurista ogni indagine che non miri alla astratta costruzione dogmatica degli istituti positivi, hanno rimpicciolito la nostra scienza a una specie di giuoco cinese altrettanto ingegnoso quanto inconcludente, il quale per certo non ha servito a rafforzare nel

pubblico profano la convinzione, ogni giorno più vacillante, della utilità sociale dei giuristi esclusivamente teorici.

Lungi da me la presunzione di negare le grandi benemerienze acquistate, specialmente nel campo del diritto pubblico, da quella tendenza, la quale, proclamando la necessità di tenere nettamente separato nei nostri studi il punto di vista giuridico dal punto di vista politico, ha portato precisione di metodo e chiarezza di concetti in molte dottrine precedentemente annebiate dalla confusione dei più disparati criteri di indagine. Ma è certo d'altra parte che i più autorevoli rappresentanti di questo indirizzo non hanno mai inteso di negare che il giurista, dopo aver studiato da un punto di vista strettamente dogmatico gli istituti vigenti in *jure condito*, non possa e non debba poi, coscientemente ponendosi da un punto di vista politico, metter gli stessi istituti in relazione ai fini sociali che essi devon raggiungere, e, ricercando in che misura essi siano in pratica mezzi adeguati al raggiungimento di questi fini, farne la critica *in jure condendo*. La scienza del diritto, se rinuncia a ogni valutazione critica delle istituzioni vigenti, senza la quale non è possibile progresso verso ordinamenti migliori, si condanna a essere vuota accademia, tagliata fuori dalla vita che è perpetuo rinnovamento.

Le tesi di Trento, che vidi nascere, non lo oppugnano e pure lo marginalizzano. A questo fondamentale riguardo mi si consenta di concludere che le Tesi, specie se riguardate non dalla sponda del diritto privato ma da quella della giustizia civile, possono fare passi in avanti su questa lunghezza d'onda solo sostituendo al diritto nazionale quello di troppo lunga e complessa gestazione che innerverà l'Unione europea quando i tanti piccoli Filippo il Bello che tuttora sono all'opera andranno incontro alla ghigliottina metaforica dei Capeti e i giuristi sapranno svolgere il *munus* degli intellettuali visionari e costruttori.

RODOLFO SACCO E I DIRITTI REMOTI

Gianmaria Ajani

1. Il remoto prossimo

Il diritto remoto costituisce una parte essenziale dell'indagine condotta da Rodolfo Sacco nei decenni.

Dal Sacco civilista, come dal Sacco comparatista.

Meglio ancora sarebbe dire da Rodolfo Sacco scienziato del diritto, e come tale insofferente delle eccessive partizioni disciplinari presenti nell'ordinamento dell'Università italiana e che hanno afflitto, e continuano ad affliggere, i nostri studi, così come la carriera dei giovani e il percorso formativo degli studenti.

La ricerca giuridica supera l'approccio meramente descrittivo e si fa scienza anche indagando i fenomeni latenti. In questi termini non è soltanto la distanza spazio-temporale che conta nel qualificare il dato remoto, ma la latenza.

Nel 1999, esce, per la UTET, il secondo volume del *Trattato di Diritto Civile*, riservato alle *Fonti non scritte*. Un lavoro ponderoso, nel quale Sacco, affiancato da più autori¹, articola ben sei capitoli a sua firma per guidare il lettore verso "Una dottrina del diritto non scritto".

Un dato, quello del diritto non scritto, che appariva come residuale, e, di conseguenza, è stato rimosso nella trattatistica tradizionale del Novecento, epigona del positivismo.

Dalle prime pagine dell'opera Sacco prende, come è sua abitudine, posizione, chiamando la testimonianza di Norberto Bobbio, che in tempi di assolutismo statale scriveva:

[...] l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai ovunque in rovina [...]. Essa poggiava sopra due capisaldi: lo statuali-

¹ G. ALPA, P.G. MONATERI, A. GUARNERI, R. SACCO (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Vol. 2: Le fonti non scritte*, Torino, 1999.

smo [...], non vi è altro diritto che il diritto statale, e il legalismo [...], non vi è altro diritto nello stato che il diritto legislativo².

“Ma non tutti – è il commento di Sacco alla citazione di Bobbio – hanno la sua sensibilità. Alla fine del XX secolo, molti civilisti italiani sono statualisti e positivisti”³.

Il tempo di voltare una sola pagina, e comprendiamo che il tema della consuetudine come fatto normativo non è un mero cenno di stile, destinato a lasciare presto il campo, come da tradizione, alla esclusiva trattazione del diritto scritto e positivo, ma una scelta di metodo per l'intero Trattato: “il coro unanime dei civilisti – leggiamo – confina la consuetudine in un ruolo ristretto, residuale e marginale. Ma su questa marginalità della consuetudine si possono elevare dubbi seri”⁴.

Ed ecco apparire il dato remoto in tema di fonti del diritto civile.

Remoto, perché occultato dalla traccia positivistica:

La consuetudine domina settori importanti della vita di relazione, incide sulla proprietà, neutralizza regole sulla conclusione e sulla forma dei contratti. Quando deve farlo, dispone anche là ove la legge parla con chiarezza, e dispone in modo nettamente contrario alla lettera della legge⁵.

Senza dubbio una sovversione della vulgata in materia di fonti, una critica alle teorie sulla consuetudine omologata al modello del diritto parlato e scritto.

Non una contro-teoria, ma un esame del fatto, dei fatti del quotidiano. Un esempio, fra i molti, tutti significativi, e portanti su istituti centrali, quali la proprietà e il contratto: la società di fatto, che si impone già al diritto premoderno per uso, è accolta in sede giurisprudenziale con argomentazione di convenienza (il consenso tacitamente manifestato, impostato sugli artt. 2297 e 2317 c.c., che riconoscono le società di persone non registrate), ma non sufficiente a spiegare tutti gli effetti del riconoscimento; una argomentazione che conduce a celare il dato remo-

² N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 1942, p. 6, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999.

³ R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 6.

⁴ *Ivi*, p. 7.

⁵ *Ivi*, p. 9.

to – la prevalenza della norma consuetudinaria – per ossequio al dogma del primato della fonte scritta.

Rodolfo Sacco, ci ricorda Francesco Gazzoni, in un'intervista in rete, parlando di sé, ha ricordato di essersi laureato con Mario Allara, che lo aveva affascinato “perché affrontava in modo critico i problemi epistemologici. Poi mi allontanai da lui perché egli riduceva la verità giuridica a un sistema di definizioni convalidate in base alla loro coerenza reciproca”⁶.

L'insegnamento di Allara, sappiamo bene, privilegiava un metodo logico e geometrico, che presupponeva la depurazione del dato giuridico da ogni riferimento all'economia, alla storia, alla sociologia, alla politica, così come alla morale o alla religione, operando una sorta di ‘scarnificazione’ di tutto quanto non strettamente pertinente al dato giuridico di sistema, compresa la giurisprudenza, utilizzata solo strumentalmente per evidenziare la rilevanza pratica del tema oggetto di studio. Tutto ciò in un panorama culturale, ampiamente condiviso dalle commissioni di abilitazione e concorso, che muoveva il giurista a occuparsi esclusivamente del diritto esistente entro un determinato ambito territoriale, definito dai confini statuali.

Difficile immaginare un ambiente meno consono alle ispirazioni del Sacco giovane civilista, un ambiente ove il dato rimosso, reso occulto dal paradigma dominante, veniva ridotto al grado infimo del remoto, quello della irrilevanza.

Un ambiente che, tramontata la dottrina degli epigoni della sistematica in versione italiana, ha conservato oltre tempo una certa diffidenza per così dire ‘territoriale’ verso il ricorso di Sacco a soluzioni apprese tramite la comparazione sincronica, e introdotte quale dato di rilievo nelle sue letture della norma diritto italiano, così come letta da giudici che, l'affermazione non richiede di essere provata, “applicano il diritto che è stato loro insegnato”.

Altrove, pensiamo al *Diritto muto*⁷, la fenomenologia della latenza si arricchirà di apporti di altre scienze, l'etnologia, l'antropologia, la sto-

⁶ F. GAZZONI, *Rodolfo Sacco: genio e sregolatezza (una corrispondenza)*, Napoli, 2014.

⁷ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

ria; anche qui, tuttavia, in una sede tutta civilistica, quale è un volume del *Trattato di diritto civile*, si affaccia il comparatista che frequenta diritti remoti (nello spazio): “anche chi sia interessato al solo ordinamento italiano farà bene a guardare a ciò che avviene nel mondo. Il diritto civile ungherese fu consuetudinario fino al 1959”; e poi la Jugoslavia, la Cina popolare, l’Islam. Parti del mondo ove le consuetudini restano colonne portanti del diritto: “prima di dire che da noi esse hanno assolto il loro compito in un passato che non ha ritorno, bisogna essere disposti a riconsiderare i dati con una qualche attenzione” è il monito a quella estesa dottrina italiana che, nel lodare il magistero del Sacco civilista, ha espresso un certo fastidio sulle sue incursioni esterne al sistema nazionale⁸.

E molto più di una serie di incursioni oltre i confini municipali del diritto troviamo, nel percorrere questa parte preliminare del *Trattato di diritto civile*, fra le pagine tracciate per condurci a una “dottrina del diritto non scritto”. Nel disegno del Sacco che parla al civilista la contrapposizione fra diritto spontaneo (non scritto o non verbalizzato) e quello autoritativo, necessita, per essere storicizzata e quindi compresa, anche di una rilettura della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato.

E qui soccorre l’apporto di scienze sociali esterne al diritto, che in modo del tutto originale rispetto alla tradizione della trattatistica trovano ricevimento nelle pagine del *Trattato*. Antropologia giuridica e analisi storiografica intervengono a proporre delle risposte, a relativizzare il dato presente, emancipandolo dalla vulgata positivista.

Cosa troviamo – si interroga Sacco – al termine di una lunga avventura degli umani, che muove dalle società a potere diffuso giungendo alla contemporaneità e alla prevalenza del potere centralizzato?

Troviamo “una presenza naturale di elementi non autoritativi, pronti a erodere la regola scritta, e difficili da individuare”. Una presenza responsabile del fatto che lo spettrogramma del diritto privato è particolarmente ricco di formanti definitivi, donde la maggior complessità, e insieme il maggior frutto, dell’indagine privatistica.

⁸ Ancora F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 6.

Suggerimenti strutturaliste in questa sottolineatura della maggior complessità, ma mai disgiunte da una ricerca di ricostruzione.

Giungiamo così alle pagine dedicate in modo esplicito a “una dottrina del diritto non scritto”. Pagine di per sé sole sufficienti a negare significato alla dicotomia fra il Sacco civilista e il Sacco comparatista, che chiama in causa discipline remote, certo conosciute, ma comunque non ammesse sul palco della trattatistica per il civilista tradizionale, quali l’antropologia, giuridica e non, la sociologia, la filosofia, la linguistica. Da un po’ di tempo, ci ricorda Sacco, i cultori di quelle discipline “ci tengono discorsi la cui ultima conseguenza può essere un invito a non dimenticare il diritto non verbalizzato, il diritto latente, e a ristudiare i rapporti fra diritto e lingua”⁹.

Solo i limiti di spazio di questo intervento mi costringono a tralasciare pagine centrali che, inserite nella piattaforma del *Trattato di diritto civile*, edificano l’apparato scolare di riferimento per opere quali *Il diritto africano* (1995), *Antropologia giuridica* (2007), *Il diritto mutuo* (2015), e fondano le ragioni per una conclusione che molto ci dice sulla riscoperta della latenza nel diritto remoto ma prossimo, quale è il diritto civile municipale:

Se il giurista ricorre con tanta larghezza alle idee del diritto spontaneo, del diritto in azione, del diritto vivente, della natura delle cose, del diritto che è tale perché è effettivo, che è tale benché fuori dall’ordine; se dobbiamo occuparci con tanto interesse del giudice che disapplica il diritto scritto; se tutto ciò è vero, ciò significa anche che iniezioni di diritto non scritto vengono effettuate in dosi molto importanti nel nostro sistema¹⁰.

2. *Il remoto distante*

Lo studio del remoto distante appartiene alle origini del diritto comparato.

Il diritto comparato a uso del discente deve molto alla nota classificazione proposta negli anni Sessanta da René David. In essa, il prossi-

⁹ R. SACCO, *Trattato*, cit., p. 13.

¹⁰ R. SACCO, *Trattato*, cit., p. 56.

mo si manifesta nella distinzione diritti romano-germanici e di *common law*, mentre il remoto è collocato nelle “autres conceptions de l’ordre social et du droit”. Uno spazio intermedio era assegnato agli ordinamenti di tipo socialista, ai quali veniva appesa l’etichetta del dubbio: “vero diritto?”, generato dalla prevalenza della discrezionalità politica sulla regola formalizzata. E se sì, fundamentalmente originale rispetto alla matrice storica romano-germanica?

La classificazione proposta da David ha sollecitato tanti emuli quanti critici. Senza dubbio, il posto assegnato al remoto da quella lettura statica non poteva soddisfare Sacco: “Il diritto muta. Muta senza interruzione. Muta da sempre”¹¹.

2.1. *Il remoto culturale*

Parimenti, non poteva soddisfare Sacco la serie di declamazioni poste dall’ideologia comunista di tipo sovietico sulla incomparabilità fra diritto socialista e diritti “capitalisti” (essendo in ciò compresi sia gli ordinamenti di origine romano-germanica che quelli di *common law*).

La coltre di regole declamatorie posate dall’ideologia sullo strato romanistico dei Paesi socialisti, piuttosto, invitava alla ricerca del dato latente, dell’interpretazione rimossa da corti di vertice controllate dal Partito. Una ricerca da svolgere sul campo, accostando alle declamazioni dottrinali formalizzate, in tema di clausole generali, per esempio, la lettura delle decisioni giudiziarie che confermavano il loro basso continuo, indifferente alle pretese innovazioni sui contenuti della clausola. Pensiamo ai lavori sull’abuso del diritto e la buona fede in alcuni ordinamenti dell’area di diritto socialista, che pur assumendo l’ideologia quale “formante in più”, a questa accostavano l’evidente continuità con il diritto prerivoluzionario in ordine ai contenuti di quelle formule generali.

Ecco allora che la (non credibile) pretesa di incomparabilità, in ragione della superiorità storica, viene convertita in un dato relativo, capace di incidere sulla declamazione di alcune regole, non necessariamente sui contenuti. Uno smascheramento che non fa ricorso agli ar-

¹¹ R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Torino, 2008, p. 23.

gomenti della contrapposizione politica, tipici di una certa sovietologia degli anni Settanta. Piuttosto, ancora una volta, si affida alla ricerca del remoto, con la sua emersione dalla miniera di fonti non scritte prodotte in sede di applicazione del diritto. Perché il dato celato fa parte a pieno titolo del processo di comparazione; affermazione di metodo che vale per le opere di diritto civile territoriale, così come per le indagini di diritto comparato. Una consapevolezza che, come sappiamo, ha portato in più occasioni Rodolfo Sacco a dialogare con Rudolph Schlesinger¹².

La ricerca del remoto nel diritto di tipo sovietico operata da Sacco ha fornito alla comparazione elementi di riflessione che superano il fatto storico del comunismo di tipo sovietico, inserendolo nella lunghissima storia del rapporto fra potere centrale e diritto vivente anche in società da noi meno remote; una storia che non è terminata certo nel 1991, nonostante alcune frettolose dichiarazioni di politologi del momento.

Ogni mutamento di rilievo nella volontà politica è accompagnato da una serie di mutamenti nella portata di certe regole giuridiche. La storia recente dei Paesi dell'Europa centro-orientale mostra che il mutamento traumatico di una situazione (intendendo come tale la posizione di una nuova regola, avulsa da una precedente elaborazione colta, e magari in contrapposizione con il sistema delle norme scritte) può determinare reazioni di velocità differente nei diversi formanti, e movimenti apparenti. Ciò in quanto le leggi dell'inerzia nella comunicazione pubblica, che reggono anche il movimento dei diversi formanti dell'ordinamento, impediscono che la velocità di adeguamento sul piano dell'applicazione sia pari alla velocità di mutamento della regola di matrice legale. La frequenza di quei mutamenti traumatici (pensiamo per esempio al processo di codificazione e ricodificazione del diritto civile, che nell'est europeo ha portato alcuni ordinamenti a conoscere fino a tre diversi modelli codicistici nell'arco di meno di un secolo) ha accelerato il naturale processo di invecchiamento della fonte scritta, alterando la tradizionale sequenza: regola legale, interpretazione (presumibilmente) fedele, interpretazione innovativa, nuova regola legale.

¹² Vedi R. SACCO, *One Hundred Years of Comparative Law*, in *Tulane Law Review*, 75, 2000-2001, pp. 1167 ss.

Questa consapevolezza, resa palese da una comparazione attenta ai diversi formanti stratificati, ben maturata dal Sacco sovietologo, è oggi insegnamento acquisito per chi si occupi di *Law & Development* e, più in generale, della diffusa e accelerata circolazione di modelli giuridici che ha caratterizzato le riforme giuridiche adottate nel mondo nei trent'anni di globalizzazione dietro l'impulso di istituzioni internazionali.

2.2. *Le incredibili ragioni dell'ideologia*

La nota osservazione di Gino Gorla "Comparison involves history" ha trovato, nella ricerca sacchiana del dato giuridico remoto, una progressiva estensione dei limiti temporali, verso la protostoria.

Salendo di un grado rispetto all'osservazione del contingente spaziale e temporale modellato dalla modernità che nasce con il 1789, accettiamo che ovunque operi una divisione di ruoli all'interno di un corpo sociale, ovunque si fissino regole per lo svolgimento collettivo di un compito, ovunque si fissino regole per distanziare fisicamente fra di loro gli individui, si possa parlare di organizzazione. E se accettiamo che la forza, o il timore, o altra motivazione posta a vantaggio del mantenimento di tale organizzazione, determini il campo di azione di un sistema giuridico, allora accoglieremo la validità di espressioni quali: diritto senza legislatore, diritto senza giurista, diritto senza linguaggio articolato, e ancora, diritto senza risoluzione giudiziaria delle controversie.

Manifestazioni, queste, fattuali e documentate del diritto nella storia delle popolazioni umane, gradi massimi della diversità fra società umane remote e società contemporanea.

Un remoto che ha occupato i primi grandi spazi vissuti dagli umani in tempi lontani.

Ma il diritto non formulato – scriveva Sacco ancora nel Trattato di diritto civile – non appartiene solo alla protostoria, né è esclusivo dei Boscimani e degli Yanomani. Esso appartiene anche all'uomo che pratica il computer¹³.

¹³ R. SACCO, *Trattato*, cit., p. 63.

È un remoto presente, che continua oggi a interagire. Che, se non appare, è per una scelta culturale di obliterazione. Un remoto che, nella lettura ingenua di qualcuno, sarebbe tale in quanto occuperebbe in grande misura solo tempi a noi lontani:

Dal 1940, mentre gli amanti del formalismo giuridico si attardavano con la dottrina della statualità del diritto, o si impegnavano con l'analisi della nozione di ordinamento, la nascente antropologia giuridica proponeva di osservare a cosa fosse servito e servisse il diritto, e come il diritto avesse operato e operasse in società diverse dalla nostra¹⁴.

Scrive Sacco:

Lo studio dei sistemi lontani dagli standards euroamericani ha reso più evidente la grande importanza delle regole non espresse in parole, cioè non verbalizzate [...] in breve, la considerazione del molto diverso è familiare a quel comparatista che è – esclusivamente, o incidentalmente – antropologo o storico¹⁵.

Insofferente verso le macro-teorizzazioni, alle quali dà ricevimento nei suoi scritti solo quali ulteriori “dati” che contribuiscono a comporre il quadro, Sacco studia il diritto africano forte del metodo utilizzato per considerare i diritti remoti dei Paesi di tipo sovietico: collezionando il dato di substrato insieme al dato declamato e alle regole operative. In Africa – ci ricorda nella articolata serie di interviste raccolte da Cendon nel 1992 – l'analisi richiede

di dissociare le componenti storiche che si sono sovrapposte nel continente, registrando i movimenti propri di ogni componente nel momento in cui entra in collisione, o in collaborazione, con le componenti che l'hanno preceduta o che la seguono, e nel constatare quale prodotto finito venga fuori dal calderone.

Questa la matrice che ispira un lavoro dedicato a *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, del 1985¹⁶. Un sistema giuridico senz'altro

¹⁴ R. SACCO, *Diritto africano*, Torino, 1995, p. 3.

¹⁵ R. SACCO, *Diritto africano*, cit., p. 5.

¹⁶ R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Milano, 1985.

remoto per il lettore di quella stagione, nonostante la produzione di studi etnologici di epoca coloniale, marcati dall'orientalismo tipico del periodo fra le due guerre mondiali. Un sistema al quale Sacco ha potuto dedicare estese ricerche sul campo, grazie a una presenza costante negli anni presso l'Università Nazionale Somala di Mogadiscio.

Grandi linee da intendersi non come osservazione generale sull'esperienza giuridica nel Corno d'Africa, ma come accurato esame di un ordinamento raro per complessità di stratificazione, nel quale il diritto ancestrale ha colliso con la *shari'a* islamica, introiettandone alcuni elementi, ma anche contaminandola, per poi conoscere il diritto del colonizzatore europeo, e ancora l'intervento di modelli di organizzazione di tipo socialista e sovietico. Un territorio a stratificazione così complessa richiede minuziosa cura nel registrare ogni dato, implicito ed esplicito, in cui si manifesta il diritto. Tale cura permette a Sacco di elevare il grado di rilevanza dell'indagine a una portata generale, di *Grandi linee* per la comprensione del diritto africano.

Anche nella manifestazione del Sacco africanista non è sopita la voce del giurista totale, che si occupa di riportare dallo studio di un diritto remoto un insegnamento di necessaria e vicina attualità:

Nel diritto europeo sono presenti tanti fenomeni che noi non riusciamo a percepire perché abbiamo una visione idealizzata, e perciò deformata, degli istituti. Nell'Africa moderna quegli stessi fenomeni sono presenti in modo più netto, e perciò non possiamo non vederli. Vedendoli li isoliamo, li studiamo, prendiamo coscienza della loro natura. Ritornando poi al diritto europeo, siamo molto meglio in grado di percepire i fenomeni ignorati dal giurista municipale¹⁷.

Ecco il remoto che diviene prossimo; la periferia che si fa centro, non in ossequio a una sorta di anti-orientalismo, ma per l'imperativo della ricerca scientifica vissuto da Rodolfo Sacco, scienziato del diritto che ha valicato con passo sicuro confini e ortodossie disciplinari.

¹⁷ P. CENDON, R. SACCO (a cura di), *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992.

GLOBALIZZAZIONE, COMPARAZIONE E IL RUOLO DEI GIURISTI PRIVATI: VERSO UN NUOVO FORMANTE GIURIDICO?

Maria Rosaria Ferrarese

1. Un po' di amarcord, per cominciare

Innanzitutto, vorrei esprimere tutto il mio piacere di essere qui e di partecipare a una giornata così importante e significativa per questa Facoltà. In particolare vorrei ringraziare, oltre al Preside, le tre docenti che l'hanno organizzata e che mi hanno coinvolta, permettendomi di essere qui: Luisa Antonioli, Barbara Marchetti ed Elena Ioriatti, tre studiose che portano avanti brillantemente con altri colleghi l'impresa comparatistica trentina, sulla scia del passato che oggi siamo chiamati a ricordare.

Il mio compiacimento non equivale a una frase di circostanza che ricorre nei convegni. Per me, ma credo anche per tutti noi qui presenti, partecipare a questo incontro rappresenta una esperienza davvero speciale e molto coinvolgente: potrei dire un'esperienza temporale di tipo tridimensionale. C'è infatti in primo luogo, ovviamente, il richiamo al passato che abbiamo vissuto insieme negli anni trentini, e che ci vedeva tutti più giovani e coinvolti nei nostri progetti di ricerca; c'è poi il confronto con il presente in cui siamo immersi, che è certo molto diverso da quel passato, non solo per ognuno di noi, ma per il mondo intero; c'è infine la dimensione del futuro verso la quale questa Facoltà è sempre stata proiettata, e che anche noi giuristi possiamo contribuire almeno in parte a forgiare con le nostre analisi e con le nostre odierne valutazioni.

Non si può che cominciare dal passato e inevitabilmente da un certo amarcord. Io arrivai a Trento nel 1987, fresca di concorso a professore associato di sociologia del diritto: la Facoltà era giovanissima e si consolidava giorno dopo giorno, con l'arrivo di nuovi colleghi, in un clima generale di forti cambiamenti. Il vento delle novità si avvertiva subito

in Facoltà: nonostante io provenissi da una duplice esperienza di ricerca all'estero, in Francia e negli Stati Uniti, venire a Trento non fu come tornare nella tranquilla casa italiana, perché la Facoltà mostrava un'apertura a contatti e prospettive di tipo internazionale davvero inusuale per le facoltà giuridiche del tempo. Va detto che molta parte della curiosità e del fermento che si avvertivano in Facoltà proveniva proprio dai colleghi comparatisti, e non solo perché erano inevitabilmente proiettati al di là dello spazio domestico, verso esperienze giuridiche di altri paesi e di altri continenti.

A far respirare un'aria di innovazione e cambiamento contribuiva anche il fatto che i comparatisti si muovevano in un'ottica giuridica anti-dogmatica, non ingabbiata negli schemi del positivismo e del normativismo, che invece dominavano in gran parte delle facoltà giuridiche, ed erano estremamente aperti all'apporto di altre discipline, a partire dalla storia, fino alla sociologia e all'antropologia¹. Questo atteggiamento di distanza dai consueti schemi dottrinali era per me un notevole valore aggiunto, visto il mio mestiere di sociologa del diritto, e mi permetteva di intrecciare un proficuo colloquio intellettuale che sarebbe stato ben più difficile con quei giuristi che, definendosi "positivi", con malcelato orgoglio si assegnavano un posto d'onore nell'orticello giuridico, in quanto detentori della "tecnica giuridica". Non a caso in quegli anni talora cominciai a definirmi scherzosamente una giurista "negativa".

Essere a Trento in quegli anni era come assistere alla costruzione di un nuovo importante passo per il sapere giuridico. La comparazione rappresentava una prospettiva culturalmente illuminante e decisiva. Accogliere l'idea che tale visione fosse utile, e persino necessaria, sia per espandere la conoscenza giuridica, sia per comprendere meglio anche la

¹ Su questa attitudine, e specie sul favore verso la storia, pesava la lezione di G. Gorla che, come nota Monateri, staccandosi da "tutte le scuole dominanti e minoritarie dell'epoca" (la scuola concettuale, ma anche quella del 'diritto libero' come mera creazione dell'interprete, della giurisprudenza degli interessi, e, infine, pure dalla stessa 'scuola storica'), rivendicava la centralità della interpretazione quale specifica attività di conoscenza del diritto, contrapponendola alla "scienza del diritto" postulata da Kelsen. Così P.G. MONATERI, *Morfologia, storia e comparazione. La nascita dei "sistemi" e la modernità politica*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Mein, 2018, p. 270.

propria esperienza e condizione giuridica rispetto ad altre esperienze, fu assai facile. Questa intuizione induceva Sacco a perseguire tenacemente anche un preciso programma di politica accademica rivolto a porre la disciplina comparatistica a fondamento della formazione del giurista, come ci ha illustrato nella sua ricchissima relazione Antonio Gambaro. Oggi ci appare scontato che solo la “valenza sovversiva” della comparazione² può permettere di conoscere meglio il proprio ristretto spazio giuridico, sia nei suoi meriti che nei suoi demeriti, sia nelle sue luci che nelle sue ombre, e magari di inaugurare dei cambiamenti all’insegna di altrui suggestioni. Ma a lungo gli ambienti giuridici partoriti dagli Stati in gran parte sono rimasti privi di tale consapevolezza, anche se, paradossalmente, sul piano pratico, la “circolazione dei modelli” e i cosiddetti “trapianti” erano da sempre ben presenti nel panorama giuridico e precedevano l’analisi e la consapevolezza accademica del fenomeno.

Era un periodo attraversato da forti cambiamenti, che coinvolgevano la sfera giuridica, non meno di tanti altri settori della nostra vita. Ma non so fino a che punto io, e forse tutti noi, fossimo del tutto consapevoli di quanto potente fosse e sarebbe diventata l’onda d’urto del cambiamento e quanto profondamente avrebbe inciso sui tradizionali paradigmi di quella che si soleva chiamare, con una certa prosopopea, la scienza giuridica. Eravamo nel cambiamento, ma non ne perceivamo tutta l’ampiezza e la potenza: in quegli anni ancora si pensava il diritto essenzialmente sulla base dello Stato e lo stesso sapere comparatistico riposava prevalentemente su tale impostazione, ossia sull’idea di un confronto tra varie esperienze “municipali”, come si solevano chiamare i diversi contesti statali.

2. La globalizzazione e la ricerca comparata tra somiglianze e differenze

Nel contesto caratterizzato dalla preminenza degli Stati, in cui prevalevano nitide linee divisorie tra le sovranità e tra i vari diritti naziona-

² Si veda: A. SOMMA, *Comparare è giudicare*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano, 2020, p. 252 ss.

li, era indubbia e comprensibile la propensione del comparatista a trovare e analizzare soprattutto le differenze. In tal senso, si potrebbe dire che il diritto comparato era essenzialmente un “sapere delle differenze giuridiche”, o, detto altrimenti, un tentativo di definire il diritto “attraverso le differenze”³, e queste erano a loro volta rivelatrici della diversità degli assetti istituzionali e politici, così come di differenze culturali più o meno radicate nelle varie tradizioni. Soprattutto la cosiddetta macro-comparazione, che affrontava il tema della divisione del mondo giuridico in vari gruppi, sistemi e famiglie, non poteva che essere prevalentemente condotta all’insegna della differenza, o addirittura dell’originalità.

È vero tuttavia che da sempre anche le somiglianze e le affinità, più o meno evidenti, tra vari sistemi giuridici, potevano essere ed erano oggetto di attenzione e di scoperta da parte del comparatista. Nel passato, una simile tendenza aveva attraversato la ricerca comparatistica verso il rinvenimento, e persino l’enfatizzazione, delle somiglianze tra i diversi sistemi, anche al fine di “riaffermare con forza l’ideale dell’unità del genere umano (contro i pregiudizi razzisti che caratterizzano invece buona parte della cultura dell’epoca)”⁴. Peraltro, la valorizzazione delle somiglianze può essere mossa, ed è stata mossa, come ricorda Monateri, anche da altri fattori, per esempio, dalla variabile metodologica, come nel caso di Zweigert e Kotz, che parlavano addirittura di una *presumptio similitudinis*, sulla base dell’adozione di un approccio di tipo funzionalista⁵.

Se nel passato, principalmente proprio sulla base delle varie appartenenze statali, veniva dipanato il filo delle somiglianze e delle differenze che intercorrevano tra diversi sistemi giuridici, o tra vari pezzi degli stessi, con la globalizzazione, che proprio tra gli anni Ottanta e Novanta si andava realizzando, il tradizionale assetto delle differenze e delle somiglianze giuridiche tra Stati, così come si presentava all’analisi

³ *Idem.*

⁴ G. RESTA, *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, cit., p. 24.

⁵ P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, 2022, pp. 5-6.

si del comparatista, era in profondo cambiamento: mentre le vecchie differenze, pur non scomparendo, venivano in più punti erose, superate, o mutate, sotto l'onda d'urto del cambiamento, le affinità subivano un opposto destino di valorizzazione⁶.

Ciò non significa che l'impostazione sulla base del diritto statale, e dunque delle differenze, si sia vanificata a causa della globalizzazione, vista la persistenza degli Stati e delle culture istituzionali che li costellano, ma certo si indeboliva e si ingarbugliava. La globalizzazione conduceva, infatti, a una estesa dinamica di internazionalizzazione, e a una grammatica istituzionale orientata più verso la condivisione, l'armonizzazione, la contaminazione e lo scambio, che verso le differenze e le distinzioni. Un nuovo clima, che naturalmente Sacco colse con immediatezza e lucidità, rilevando come si stesse vivendo "in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia"⁷.

La pressione esercitata dal cosiddetto *Washington consensus* affinché gli Stati uscissero dalla posizione solitaria imposta dalla tradizionale idea di sovranità, e intraprendessero percorsi di reciproca interconnessione attraverso intese, trattati e scambi di vario tipo ebbe grande successo. Essa aveva alle spalle impellenti pulsioni volte a intensificare gli scambi economici e finanziari, e a creare un mercato di dimensioni potenzialmente globali, ma corrispondeva altresì a una fase di forte sviluppo tecnologico, che permetteva possibilità di collegamento e di comunicazione prima impensabili. Così prese forma via via un panorama giuridico che andava ben oltre lo stesso diritto internazionale, e che vedeva gli Stati giuridicamente protesi verso la ricerca di comunanze e armonizzazioni. In questo nuovo contesto, era inevitabile che cambiasero per il comparatista le proporzioni tra l'interesse per le somiglianze e quello per le differenze. Se il codice delle differenze aveva prevalso fino ad allora, dando il segno principale alla ricerca comparatistica, era arrivato il tempo di un diverso rapporto tra somiglianze e differenze. Specialmente in Europa, dove le linee divisorie erano state inventate all'insegna della sovranità, ora esse invece perdevano di nettezza, soprattutto in alcune materie di competenza "sovranazionale".

⁶ M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e la sfida della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014.

⁷ R. SACCO, *Il diritto tra uniformazioni e particolarismi*, Napoli, 2011, p. 19.

Il mondo accademico, nelle sue punte più avanzate, era anch'esso in gran parte coinvolto in tale tendenza. In proposito basterà ricordare l'importante ricerca sul *common core* del diritto privato europeo condotta proprio in questa università da Ugo Mattei e Mauro Bussani⁸, che ha poi trovato eco in altri settori giuridici, e specialmente nel diritto amministrativo⁹. Il rinvenimento di somiglianze tra diverse realtà giuridiche diventava non solo oggetto di attenzione e di ricerca, ma anche di valorizzazione¹⁰. Ciò non toglie che robuste diversità linguistiche e culturali restassero spesso sotto il velo dell'unificazione, e specialmente dell'unificazione europea, a disposizione delle indagini comparatistiche¹¹.

Somiglianze e affinità vivevano insomma una nuova esistenza e un nuovo protagonismo, diventando spesso un obiettivo da raggiungere attraverso dinamiche di convergenza¹² e di armonizzazione giuridica, nell'intento di arrivare persino a "una comunità di valori"¹³. Si realizzava così una sorta di inedita politica del diritto rivolta a promuovere le somiglianze giuridiche, che talora recava sul frontespizio anche l'etichetta dell'universalizzazione dei diritti. Più in generale, e al di là dell'Europa, le differenze tra le varie sovranità statali e tra le loro proiezioni giuridiche tendevano a diminuire, a offuscarsi, e talora a scomparire, inclusa quella varietà che era "garantita proprio da una delle costruzioni del moderno: la politica e la democrazia"¹⁴.

⁸ M. BUSSANI, U. MATTEI (a cura di), *The Common Core of European Private Law*.

⁹ M. BUSSANI, "The Common Core of European Administrative Law" Project: *Methodological Roots*, e G. DALLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019.

¹⁰ J. GORDLEY, *Civil law e Common law: una distinzione che sta scomparendo*, in P. CENDON (a cura di), *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994.

¹¹ Si veda per esempio V. ZENO-ZENCOVICH, *The Mediterranean and Legal Pluralism*, in *Comparative Law Review*, 12, 2021. Sulle diversità giuridico-linguistiche, si veda E. IORIATTI, *Common contexts of meaning in the European legal setting: opening Pandora's box?*, in *International Journal for the semiotics of Law*, 1, 2023, pp. 275-291.

¹² B.G. MARKESINIS (a cura di), *The Gradual Convergence (Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century)*, Oxford, 1994.

¹³ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs? Les forces imaginantes du droit IV*, Paris, 2011.

¹⁴ C. DONOLO, *Su ponti leggermente costruiti*, Milano, 2022, p. 125.

Gli esiti che la globalizzazione ha avuto sul diritto comparato sono difficilmente leggibili in modo univoco. Piuttosto, si potrebbe dire che lungo quel processo che specialmente gli anni Novanta del Novecento andavano tracciando, e che stava per modificare in profondità la geografia politica, giuridica e istituzionale del mondo, la prospettiva della comparazione incorreva in un duplice e contraddittorio destino: di affinità e di coerenza per certi aspetti, ma anche di serpeggiante disagio per altri aspetti. La globalizzazione, per un verso dava una spinta decisiva per far decollare la prospettiva della comparazione e per farne comprendere non solo l'utilità, ma talora persino l'inevitabilità, per varie sfere del sapere, e specialmente per il diritto¹⁵. Per un altro verso, disseminava qualche pietra di inciampo sul percorso della disciplina, facendo emergere anche l'esigenza di nuovi metodi e di nuovi strumenti di analisi.

3. La globalizzazione: un propellente per la comparazione giuridica...

Indubbiamente tra globalizzazione e prospettiva degli studi comparati esistevano varie affinità ed è comprensibile che la comparazione giuridica abbia trovato nella globalizzazione una sorta di propellente, proprio grazie a vari aspetti che la mettevano in sintonia con gli importanti cambiamenti in corso nel panorama giuridico. Nonostante, o forse proprio a causa di, questa consonanza, l'attenzione prestata dai comparatisti al fenomeno della globalizzazione, almeno all'inizio, non fu invece significativa, come notò criticamente Gerber nel 2001¹⁶, anche se

¹⁵ Sotto questo profilo si conferma l'estrema utilità di una ricerca come quella di G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*

¹⁶ D.J. GERBER, *Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law*, in *Tul. L. Rev.*, 75, 2001, p. 949, reperibile al link: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/231. Il recente volume di M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Introduzione al diritto comparato. Un breviario della globalità*, Firenze, 2022, sembra invece voler costruire prospettive di analisi proprio in chiave globale.

poi quella disattenzione fu superata da vari interventi e trovò una significativa compensazione nel saggio di D. Kennedy del 2006¹⁷.

Le affinità erano varie e significative e riguardavano sia aspetti culturali, sia aspetti istituzionali, sia il tipo di prospettiva generale (monistica o pluralistica) assunta per l'analisi. In primo luogo, la consonanza può essere rinvenuta in un'affinità culturale. La prospettiva aperta dai comparatisti, che invitava lo studioso a superare il proprio ristretto spazio giuridico e a guardare altre realtà e tradizioni giuridiche, incrociava felicemente alcune decisive tendenze del mondo che si stava globalizzando, che procedeva verso varie linee di superamento dei confini nazionali e frequenti occasioni di accordi e scambi con altre realtà statali, regionali e continentali. Un panorama così propenso al superamento dei confini e all'intensificazione degli scambi tra Stati, ma anche all'inclusione di soggetti nuovi, pubblici e privati, non poteva non avere alla base un superamento di quell'atteggiamento di 'introversione' che caratterizzava le sovranità statali classiche.

Risultava dunque prezioso, molto più che nel passato, quel carattere "comune ai vari discorsi scientifici sulla comparazione", che è la critica al "parrocchialismo"¹⁸. Anzi, proprio nell'uso degli aggettivi municipale e parrocchiale da parte dei comparatisti, per contrassegnare le varie realtà statali, si può vedere una sorta di anticipazione dell'incipiente futuro globalizzato del mondo, come se le sovranità degli Stati, che troneggiavano come le punte più possenti dell'universo giuridico, osservate dalla lente del comparatista, fossero già destinate a retrocedere al grado di realtà provinciali, di ristrette parrocchie, rispetto alle possibilità di un diritto che ambiva a raggiungere dimensioni globali ed esibiva spesso aspirazioni universalistiche.

In secondo luogo, tra la ricerca comparatistica e le nuove tendenze globalizzanti che si andavano affermando vi era affinità anche sotto il profilo delle grandezze giuridiche di riferimento per la ricerca: l'occhio del comparatista era allenato a confrontarsi con realtà istituzionali di

¹⁷ D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (a cura di), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006.

¹⁸ G. RESTA, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, cit., p. 16.

diversa grandezza, che spesso oltrepassavano la misura degli Stati. Esso guardava sia aggregati più vasti, denominati “famiglie giuridiche” o “sistemi”, che chiamavano in causa anche fattori di affinità culturale e religiosa, oltre che giuridica, sia pezzi più o meno ‘micro’ dei vari sistemi, come norme, spezzoni di normative, o singoli istituti giuridici. La proiezione verso l’allargamento dei confini statali si era consolidata per i comparatisti anche attraverso nozioni come quelle di circolazione dei modelli o di trapianto giuridico: due nozioni che, mentre facevano riferimento a dinamiche che si instauravano tra diverse realtà nazionali, e che dunque avevano ancora come principali referenti norme o assetti statali che venivano, per così dire, importati da/ o esportati in/ altri paesi, incorporavano tuttavia la logica del confronto, della diversità e dello sconfinamento.

In parallelo, anche la globalizzazione metteva in campo nuove modalità di “diritto sconfinato”, come il diritto sovranazionale, o transnazionale, o globale, e componeva un universo giuridico con diverse misure: misure che non coincidevano né con quelle degli Stati, né con quelle del diritto internazionale e corrispondevano a una nuova inventiva degli spazi. Inoltre, intese, contatti e scambi potevano avvenire non solo tra Stati che dialogavano con altri Stati, o con altri soggetti pubblici, ma coinvolgevano ampiamente anche vari tipi di soggetti privati, come imprese transnazionali, associazioni professionali, società di commercio, ecc., utilizzando varie e spesso inedite modalità giuridiche, come la *soft law* o il diritto transnazionale¹⁹.

In terzo luogo, è possibile vedere il parallelismo e la congruità tra globalizzazione e comparazione giuridica anche attraverso altri segnali, relativi alla prospettiva, monistica o pluralistica, assunta per l’osservazione. Via via che il panorama giuridico si arricchiva di modalità varie, e si profilava un ambiente giuridico variegato e affollato, caratterizzato da nuove presenze e da nuove modalità di *law-making*, il pluralismo si affermava come una chiave essenziale e ineludibile. Sempre meno il diritto era identificabile solo con la fonte statale o attraverso approcci di

¹⁹ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

tipo dogmatico, e la nozione di “pluralismo globale” era sempre più presente nella letteratura²⁰.

Per le istituzioni si apriva, per così dire, un tempo paradossale, caratterizzato da un duplice e contraddittorio movimento. Da una parte si assisteva a un'enorme fioritura di nuove modalità istituzionali, in cui il diritto, non più necessariamente statale, si reiterava in svariati moduli giuridici cosiddetti atipici o alternativi (si pensi all'esteso fenomeno dei ‘contratti in ing’ della *lex mercatoria*, o a quello altrettanto esteso e importante dell'ADR), o nelle modalità della *soft law*, o del diritto transnazionale: tutte modalità aperte in vario modo a un nuovo protagonismo di soggetti e settori della società civile in ambito giuridico, che dunque esaltava le radici sociali del diritto. Dall'altra parte, è altrettanto vero che si assisteva al contempo a un impoverimento della varietà istituzionale, data la tendenza all'affermazione specialmente di moduli giuridici rispondenti a finalità e razionalità di tipo economico. Specialmente il contratto è rappresentativo di questa razionalità e non a caso, com'è stato osservato, “sussiste un perfetto parallelismo tra il *laissez faire* sul piano economico e il *laissez contracter* sul piano giuridico”²¹.

Si creava così un contesto istituzionale prevalentemente appiattito su un modello di razionalità funzionale, in buona parte rivolto allo sviluppo economico, sotto l'egida di “scienza, tecnica e organizzazione capitalistica [che] letteralmente predominano”²². Tutto ciò andava in parallelo con il restringimento degli spazi della politica e rispecchiava l'idea che il diritto non dovesse più rispondere a una razionalità pubblica e politica, e dovesse essere soprattutto un mezzo per svolgere funzioni di vario tipo, e raggiungere l'efficienza, in linea con la razionalità economica.

Al di là della direzione politica che i cambiamenti in atto stavano prendendo, la prospettiva aperta dalla comparazione giuridica trovava nella globalizzazione un formidabile propellente, appariva sempre più

²⁰ Si vedano, per es., P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, 2012, e W. TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 20, 2010, pp. 473-518.

²¹ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enciclopedia Giuffrè. I tematici*, 2023.

²² C. DONOLO, *op. cit.*, p. 124.

promettente, e contagiava numerosi settori. Essa implicava effetti rivoluzionari anche sulla teoria del diritto, e prospettava nuove strategie di attraversamento dei confini disciplinari, nonché delle consolidate coordinate spaziali e temporali del diritto²³: tutte tendenze che erano nel DNA della comparazione. Non fu dunque un caso se l'espansione della ricerca giuridica comparata a livello internazionale e il radicamento accademico della disciplina avvennero proprio negli anni della globalizzazione, dopo una lunga storia di eventi fondativi, a partire dal 1869, quando la *Société de Législation Comparé* fu fondata a Parigi.

Lo slancio impresso dalla globalizzazione si poteva misurare specialmente negli Stati Uniti, dove i giuristi avevano tradizionalmente un atteggiamento di scarso interesse per il diritto di altri paesi. Il cambio di passo portò ad attivare rapidamente nelle loro Università nuovi programmi internazionali, o a estendere quelli esistenti, cosicché ogni Scuola di prestigio potesse offrire insegnamenti specialmente in materia di *international business law* o di *public international law*²⁴. Va detto, a onore della Scuola italiana, che l'interesse di Sacco per la comparazione aveva portato all'esito delle cosiddette *Tesi di Trento* già nel 1987, quando ancora non si parlava di globalizzazione, anche se alcune sue premesse erano già in atto. D'altra parte, anche la realizzazione dell'obiettivo di introdurre la disciplina comparativa in tutte le facoltà giuridiche come materia obbligatoria, che trovò in Italia un suo compimento, rimane un *unicum* nel mondo²⁵ e ha portato a significativi cambiamenti nella formazione giuridica²⁶.

Al di là degli ambienti accademici, la tendenza al contatto e alla convergenza tra vari sistemi giuridici era molto presente anche negli ambienti giudiziari, e specialmente nelle loro proiezioni internazionali, dato il crescente bisogno di confrontarsi con esperienze giudiziarie di altri paesi. Come notava Sacco, mentre nel passato i 'prestiti' giudiziari

²³ W. TWINING, *Globalization & Legal Theory*, London, 2000.

²⁴ A. GLENDON, *Comparative Law in the Age of Globalization*, in *Duq. L. Rev.*, 52, 2014.

²⁵ Traggio questa informazione da M. BUSSANI, *Introduzione al diritto comparato. Un breviario della globalità*, cit.

²⁶ Si veda in proposito M. GRAZIADEL, *Eppur si muove: la rivoluzione silenziosa in corso nell'educazione giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1, 2021, p. XXI.

delle sentenze erano meno diffusi di quelli legislativi, ci si stava avviando negli anni Novanta verso una “Europa dei giudici” (che sembra riecheggiare l’Europa delle Università), “che non solo seguono dottrine accademiche di altri paesi, ma anche precedenti giudiziari stranieri”²⁷. La tendenza ad aprirsi a sistemi ed esperienze giuridiche di altri paesi non poteva non riguardare anche gli ambienti forensi di alto livello operativi in ambito internazionale e produsse una straordinaria espansione di *law firms* americane e di lingua inglese, che avviarono un esteso “mercato della legalità”²⁸.

Nel complesso, nel panorama giuridico via via delineato dalla globalizzazione, il ruolo del diritto comparato diventava sempre più cruciale, sia in senso culturale e accademico, sia in senso politico. Politicamente, la comparazione appariva “disciplina chiave e arma potente nella geopolitica del diritto”, addetta a tracciare una “strategia di scrittura e riscrittura delle identità e delle differenze” e a sovrapporre ai confini politici veri e propri di sovranità “altri confini di eccellenza, di superiorità, efficienza, e così via”²⁹. Sotto il profilo culturale, specialmente il diritto comparato sembrava dotato di requisiti e qualità per cogliere i punti cruciali del cambiamento.

4. ...o anche una pietra di inciampo?

Pur constatando la forte propulsione impressa dalla globalizzazione alla prospettiva e agli studi di diritto comparato, ci si può chiedere se il rapporto tra comparazione e globalizzazione sia esauribile solo in questa chiave, o se invece la globalizzazione non abbia disseminato anche qualche pietra d’inciampo nel cammino della comparazione. A parte alcuni sconvolgimenti storici, come la dissoluzione dell’Unione sovie-

²⁷ Così R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 395.

²⁸ Rimando in proposito a M.R. FERRARESE, *Law Firms: diritto e dintorni. O “del mercato della legalità”*, in D. CERINI, F. SCARPELLI (a cura di), *L’avvocato nella società contemporanea*, Torino, 2015.

²⁹ Così P.G. MONATERI, *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2007, p. 698.

tica, che portava alla scomparsa della “famiglia giuridica dei paesi socialisti”, altri sconvolgimenti riguardavano vari aspetti del tradizionale quadro di riferimento della disciplina, che era stata prevalentemente impostata quando gli Stati erano i soggetti politicamente e giuridicamente eminenti e il filo delle differenze era un solido conduttore per la ricerca. Quel filo continuava a essere rilevante anche dopo la globalizzazione, ma, come si è detto, diventava meno chiaro e percepibile in un contesto istituzionale che stava cambiando le proprie coordinate: via via che il diritto intraprendeva percorsi di armonizzazione e di confluenza, la comparazione perdeva insomma una consolidata base di appoggio, non solo per lo spostamento di attenzione verso le somiglianze, piuttosto che verso le differenze, ma anche perché somiglianze e differenze entravano in un quadro di ricomposizione mobile, caratterizzato da porosità, contaminazioni e reciproci aggiustamenti, con conseguente offuscamento delle differenze.

Tutto ciò significava fronteggiare un universo giuridico segnato da un'accresciuta complessità e da un'interdipendenza molto più elevata che nel passato, ma anche da una mobilità e tendenza al cambiamento, che per lo più non riceveva stabili definizioni e formalizzazioni. Per la comparazione giuridica cresceva insomma il bisogno di confrontarsi con un nuovo dinamismo, che attraversava l'universo giuridico e le varie tradizioni giuridiche che lo costellavano e si aprivano nuovi e significativi campi di indagine, all'insegna del monito di Glenn secondo il quale, specialmente in Occidente, “la teoria della tradizione ha già specificato che qualsiasi contatto tra le tradizioni implica uno scambio di informazioni. Se si sa che là fuori c'è qualcosa, quel qualcosa è già dentro”³⁰.

Nel nuovo quadro, dunque, le somiglianze, non diversamente dalle differenze, chiamate a scomporsi e ricomporsi in modi diversi, si ponevano in maniera non statica (se mai lo erano state), richiamando la nozione di “flusso giuridico” coniata da Lupoi, per indicare qualsiasi dato di un'esperienza giuridica, proprio di un sistema, e percepito da un altro sistema “come un elemento di squilibrio”³¹. Il contesto diventava mobi-

³⁰ P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2010, p. 581.

³¹ M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, pp. 60 ss.

le e pieno di “squilibri” anche perché spesso si apriva uno iato tra la tendenza all’unificazione attraverso l’incorporazione delle novità da parte dei vari stati (o di altre entità), e i diversi modi di reagire a tale tendenza nei contesti nazionali o regionali. In altri termini, al di là delle unificazioni, si aprivano nuovi tipi di differenza anche nella ricezione delle regole.

Più in generale, con lo sguardo rivolto all’assetto istituzionale complessivo, si potrebbe dire che il filo delle somiglianze e delle differenze si andava disponendo diversamente rispetto al passato: con modalità meno nitide e più bisognose di essere decifrate. Uno scenario affascinante e in movimento, pieno di nuove possibilità, ma che comportava uno spiazzamento significativo, e costringeva il comparatista a rivedere almeno in parte le proprie coordinate di lavoro, dotandosi di nuovi occhiali da aggiungere, se non da sostituire, a quelli tradizionali.

Inoltre, la globalizzazione complicava il quadro del sapere comparatistico non solo modificando l’assetto tradizionale e prevalentemente stabile che le somiglianze e le differenze giuridiche avevano quando erano incardinate nella cornice statale. Anche altre, e persino più importanti, erano le possibili ragioni di inciampo. Monateri, per esempio, parla di tre “sfide” principali poste dalla globalizzazione (la crescente commistione tra diritto pubblico e privato, l’emergere di nuovi processi regolatori a livello globale, e il rigetto dell’eurocentrismo), concludendo che anche da ciò deriva il bisogno di ridefinire “i metodi”. E parla di metodi al plurale, non di un singolo metodo³², “per comparare i paesaggi giuridici forgiati dalle nuove fonti globali di normatività, al di fuori degli schemi convenzionali delle leggi nazionali o delle famiglie giuridiche”. E aggiunge: “Non è solo una questione di convergenza o divergenza tra i sistemi giuridici, ma anche di nuovi paesaggi giuridici che emergono da processi non convenzionali di creazione del diritto”³³.

³² A favore della pluralità dei metodi si sono schierati vari autori, a partire da Glenn, che addirittura nega l’esistenza di un metodo. Si veda anche A. SOMMA, *Comparare è giudicare*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 240.

³³ Tutte le citazioni sono tratte da P.G. MONATERI, *Comparative Legal Methods*, *cit.*, p. 21.

Il mondo era in via di ristrutturazione e si delineava un contesto giuridico non più a “denominazione di origine controllata”, ma aperto a inediti attori giuridici e a irrituali percorsi della giuridicità. Nel nuovo quadro, il tema delle modalità non convenzionali del *law-making* si imponeva come un campo di indagine sempre più rilevante, che era collegato a due importanti trend che attraversavano il mondo. Da una parte, un imponente processo di internazionalizzazione e di superamento dei limiti territoriali propri delle sovranità statali; dall'altra, una forte tendenza alla privatizzazione³⁴. Entrambi i processi chiamavano in causa la sfera del *law-making*, ma era specialmente la privatizzazione delle fonti che si poneva come un inedito che interrogava, oltre che il metodo, anche la strumentazione disponibile per l'indagine. Com'è stato osservato:

l'oggetto della comparazione ha notevole influenza sui mezzi e i risultati della ricerca comparata. Comparare la legislazione, il *case law*, la dottrina giuridica, le pratiche legali (ossia contratti o procedure amministrative) sono operazioni alquanto diverse, e richiedono diversi strumenti di ricerca³⁵.

Quanto e come la comparazione giuridica era attrezzata per sondare quel nuovo oggetto di ricerca?

5. La globalizzazione e la cassetta degli attrezzi del comparatista

La cassetta degli attrezzi di lavoro a disposizione del comparatista era ricca e i suoi vari strumenti rivelavano una accresciuta utilità in tempi di globalizzazione, data l'estrema vivacità e irrequietezza del contesto. Il processo di globalizzazione mise all'opera tutti quegli strumenti, non senza far emergere al contempo qualche insufficienza di quel repertorio rispetto al nuovo contesto.

³⁴ Sul duplice trend dell'internazionalizzazione e della privatizzazione giuridica che ha accompagnato il processo di globalizzazione, e sui suoi riflessi in tema di potere, rimando a M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.

³⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparing Comparative Law*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 233.

Come si è detto, tra i comparatisti non mancavano certo né l'abitudine a trattare con varie grandezze giuridiche più estese rispetto ai confini statali, né il confronto con varie esperienze giuridiche, fino a quella del "diritto muto"³⁶. Anche il concetto di tradizione giuridica, un assembleatore capace di mettere insieme vari territori e di rivelare i loro punti chiave, soprattutto se inteso, come un "insieme di informazioni"³⁷, era un altro formidabile strumento per capire i nuovi scorrimenti. Ma fu specialmente la teoria dei trapianti, elaborata da Watson negli anni Settanta³⁸, a riscuotere particolare successo, dando il via a una immensa letteratura intenta a sondare le varie sfaccettature del cambiamento giuridico attribuibile a prestiti da altri paesi. È impressionante la vivacità del quadro degli scambi, dei prestiti, degli innesti messi sotto i riflettori dai comparatisti, a partire dai rapporti tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*: se fino agli anni Ottanta erano stati soprattutto i sistemi dei paesi di *civil law*, come Francia e Germania, a essere imitati nei paesi di *common law*, da quel decennio la tendenza invece si inverte e vede nel *common law* il nuovo modello da imitare³⁹.

Nel nuovo quadro, anche la teoria dei formanti elaborata da Sacco⁴⁰, l'apporto più importante dato dalla Scuola italiana alla comparazione giuridica, esportata con successo anche in altri paesi⁴¹, appariva non solo in tutta la sua capacità analitica, ma piena di potenzialità. Pur essendo stata concepita in un tempo in cui non si parlava ancora di globalizzazione, quella teoria conteneva infatti una indicazione di capacità dinamica dei sistemi, che era particolarmente preziosa e importante per la ricerca comparata in tempi di globalizzazione. Se il suo punto crucia-

³⁶ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

³⁷ H.P. GLENN, *op. cit.*, pp. 43 ss.

³⁸ A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974.

³⁹ U. MATTEI, *Why the Wind Changed. Intellectual Leadership in Western Law*, in *Am J. Comp. Law*, 42, 1994, p. 195.

⁴⁰ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 343.

⁴¹ E. GRANDE, R.M. NÚÑEZ, P.G. MONATERI, *The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 1, 2021, p. 5-28.

le era la capacità di dissociazione tra i vari formanti (quello legislativo, quello giudiziario e quello accademico), ossia la possibilità che le regole giuridiche differissero in corrispondenza a ciascuno di essi, mai, come in epoca di globalizzazione, si era verificato un rapporto così dinamico tra i vari formanti, con conseguenti cambiamenti non solo del peso specifico di ognuno, ma anche delle distanze e delle possibili incongruenze che correavano tra essi.

Mentre il formante legislativo a livello globale ricorreva in vari modi a prestiti e trapianti, o si diluiva nelle strade della *governance*, e talora in quelle della *governance* giudiziaria e paragiudiziaria⁴², si delineava un mutamento giuridico dominato dal registro della fattualità⁴³. Il formante giudiziario mostrava una nuova vitalità e capacità di imporsi spesso in maniera del tutto indipendente, e non più necessariamente in un rapporto di derivazione dalla fonte legislativa, come si teorizzava nei sistemi di *civil law*. Ciò avveniva sia all'interno dei vari stati, sia, ancor più, nello spazio globale, che era privo di regole legislative, e in cui anche gli strumenti del diritto internazionale erano spesso insufficienti a governare un panorama sempre più complesso⁴⁴. Il formante giudiziario diventava invece sempre più presente e accreditato a livello internazionale, dove si alimentava specialmente attraverso innovative vie dialogiche⁴⁵, cercando di costruire un nuovo ordine mondiale, anche se al costo di una continua variabilità e incertezza delle regole⁴⁶.

⁴² Rimando in proposito a M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2012 e EAD., *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Politica del diritto*, 2014.

⁴³ È inevitabile richiamare il contributo in materia di P. GROSSI, a partire da *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006. Sul tema rimando altresì a M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁴⁴ Y. SHANY, *The competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003 e ID., *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, 2007.

⁴⁵ Nella ricca bibliografia sul dialogo tra le corti, si veda almeno F. FONTANELLI, G. MARTINICO, P. CARROZZA (a cura di), *Shaping Rule of Law Through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, 2009; su come il dialogo abbia implicato transnazionalizzazione del formante giudiziario, rimando a M.R. FERRARESE,

Tutti i fenomeni di trapianto del diritto e di cosiddetta circolazione giuridica, nel rivelare che i sistemi giuridici sono soggetti a imitazione e a una sorta di concorrenza per il prestigio e la leadership, lasciavano intravedere un panorama giuridico in cui le possibilità di cambiamento e di contaminazione erano ancora in gran parte a prevalente trazione politica⁴⁷, disegnabili in base a progetti di politica del diritto. Nella realtà, tuttavia, mentre la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato diventava sempre meno netta⁴⁸, i cambiamenti si consegnavano via via anche a dinamiche di mercato e rispondevano a pulsioni economiche, realizzando un processo di vasta privatizzazione.

6. Privatizzazione e professionalizzazione del diritto

Quando si parla di privatizzazione giuridica, si possono intendere almeno due cose diverse. In primo luogo il riferimento è a varie modalità di cessione, da parte degli Stati, di alcuni beni, funzioni e facoltà nelle mani di privati, generalmente mosse dal fine di accrescere l'efficienza dei servizi, o di incassare risorse finanziarie, o di promuovere attività e imprenditorialità private⁴⁹. Al di là di queste modalità, vi è poi stato un imponente fenomeno di privatizzazione dovuto non a deleghe e de-

When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism, in *Global Jurist*, 2009.

⁴⁶ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2008.

⁴⁷ Si veda P.G. MONATERI, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)*, 2008, disponibile al link: <https://ssrn.com/abstract=1300298> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1300298>, dove si ricorda che i "prestiti" avvengono per volontà dei paesi importatori.

⁴⁸ G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso Nazionale SIRD*, Trento, 24-26 settembre 2015, in *Quaderni della Facoltà*, Trento, 2016.

⁴⁹ Questo trend, che ha interessato tutto il mondo, nel nostro paese ha avuto un momento di particolare visibilità grazie ai referendum promossi dal comitato Rodotà per contrastare la liberalizzazione delle forniture idriche, che videro in prima linea un noto studioso di diritto comparato, come Ugo Mattei, nella veste di co-redattore dei relativi quesiti.

cisioni da parte degli Stati, bensì alla libera iniziativa di alcuni soggetti privati rivolta a esercitare poteri e funzioni di natura pubblica, come la fissazione di moduli giuridici, regole e *regulation* in vari ambiti di attività, soprattutto economiche, a livello transnazionale. Si è imposto insomma un sistema di autorità e di poteri privati transnazionali⁵⁰ che, in una sorta di *puzzle* sempre più esteso⁵¹, ha legiferato in vari settori, edificando una infrastruttura giuridica globale per servire vari bisogni⁵², con un variabile livello di pubblica utilità. La stessa produzione giuridica in vari ambiti si stava privatizzando, esorbitando al contempo i tradizionali confini nazionali del diritto privato⁵³.

L'enorme espansione di regole e moduli giuridici conati da professionalità private ed 'esperti' di vario tipo non solo nel commercio internazionale, ma anche in altri settori delicati e rilevanti come quello della finanza o degli investimenti esteri, implica l'assegnazione di una parte importante dell'evoluzione giuridica a ridosso della *ratio* del mercato, con esiti decisivi sugli equilibri pubblico/privato⁵⁴. Questa torsione è stata registrata dai comparatisti precocemente e in vari modi. Accanto al rilievo assegnato agli ordinamenti creati da privati, cosiddetto *private ordering*⁵⁵ e al fenomeno delle *private authorities*, specie con riferimento alla *lex mercatoria*⁵⁶, non è mancata l'attenzione verso il ruolo sempre più pregnante svolto da soggetti privati nelle vesti di esperti,

⁵⁰ Rimando in proposito a M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit.

⁵¹ A.C. CUTLER, *The Judicialization of Private Transnational Power and Authority*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 25, 2018, pp. 61-95. Inoltre, M.R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, 2017.

⁵² M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021.

⁵³ M.R. FERRARESE, *Private law-making a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2020.

⁵⁴ Rimando ancora a M.R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica*, cit.

⁵⁵ P. ZUMBANSEN, *Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract*, in *Indiana Journal of Global legal Studies*, 14, 2007.

⁵⁶ A.C. CUTLER, V. HAUFLE, T. PORTER (a cura di), *Private Authority and International Affairs*, Albany, 1999. Inoltre, C. CUTLER, *Private power and Public Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, 2003.

professionisti del diritto, e titolari di esclusive competenze giuridiche in vari campi. Del resto, Yves Dezalay aveva richiamato presto l'attenzione sugli studi professionali all'americana, etichettandoli come "mercanti del diritto"⁵⁷. E anche in Italia non sono mancate delle ricerche di comparatisti sulla *legal expertise*⁵⁸.

Molta parte dell'espansione del ruolo dei professionisti del diritto era collegata all'enorme fenomeno della *lex mercatoria*: una nozione che ha accompagnato la vita e la sussistenza dei mercati globalizzati, e che include anche il lavoro di grandi arbitri internazionali, che spesso sono anche professori, e che tuttavia si pronunciano in una veste professionale, e dunque rispondendo alla logica del mercato⁵⁹. Alla *lex mercatoria*⁶⁰ è legata anche la lettura del fenomeno di creazione privata di moduli giuridici (specialmente in campo economico e commerciale, ma oggi anche in campo tecnologico) soprattutto in termini di diritto transnazionale. D'altra parte, era stato proprio un comparatista come Jessup a creare la nozione di diritto transnazionale già negli anni Cinquanta⁶¹, per contrassegnare un diritto capace di superare i confini degli Stati in maniera diversa dal diritto internazionale. In qualche modo, con la globalizzazione, il diritto si poneva in termini nuovi: come un'entità giuridica difficile da identificare⁶², che superava non solo la differenza tra spazio interno e spazio esterno agli Stati, ma anche quella tra diritto privato e diritto pubblico, ponendosi come un nuovo campo di privatizzazione giuridica specialmente in materia di *regulation*.

Il diritto transnazionale, oltre a contribuire a un sempre più spiccato "pluralismo dei formanti giuridici" come "caratteristica condivisa da

⁵⁷ Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, 1997.

⁵⁸ Si veda G. CAPUZZO, *Legal expertise: on some uses of Law in Transnational Regimes*, in *Comparative Law Review*, 2, 2013, e ID., "In mani esperte". *Il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014.

⁵⁹ P. ZUMBANSEN, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, in *Eur. L.J.*, 8, 2002.

⁶⁰ P.C. ZUMBANSEN, *Transnational Law*, CLPE Research Paper No. 09/2008, al link: <https://ssrn.com/abstract=1105576>.

⁶¹ P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Heaven, 1956.

⁶² R. COTTERRELL, *What Is Transnational Law?*, in *Law & Social Inquiry*, 37, 2012, pp. 500-524.

tutti i sistemi giuridici, dal più elementare al più complesso”⁶³, è indicativo della complessità del panorama giuridico creato dalla globalizzazione, e non si sottrae a una certa ambiguità che fa sì che esso possa essere letto almeno da due prospettive. In primo luogo, da una prospettiva atipicamente internazionale, per la sua innovativa capacità di superare i confini nazionali e di de-territorializzare il diritto, mettendo in connessione territori diversi. Inteso in tal senso, chiama in causa anche la chiave dell’incontro e della porosità tra diversi sistemi giuridici, e si presenta come l’esito di complessi processi di transnazionalizzazione delle culture giuridiche, che si lasciano alle spalle molte delle differenze che erano al centro del tradizionale quadro giuridico. Zumbansen, in particolare, ha analizzato il fenomeno in questa chiave, considerandolo come un banco di prova decisivo per il diritto comparato, fino al punto di definire “il diritto comparato come diritto transnazionale”⁶⁴. Un’ampia parte di diritto transnazionale forgiato da organizzazioni in materia di sport, sanità, ecc., rappresenta bene questo modello.

In secondo luogo, il diritto transnazionale ha portato con sé anche un importante percorso di privatizzazione⁶⁵. La privatizzazione caratterizza considerevolmente una larga parte del diritto transnazionale, date non solo la sua indifferenza a confini di tipo politico, ma anche la sua *authorship* che rinvia in gran parte ad abilità professionali private. Privatizzazione e professionalizzazione hanno avuto un percorso parallelo per dare risposta specialmente a fini di *regulation*, e dunque con una spiccata valenza pubblicistica⁶⁶, dando origine alla cosiddetta *transna-*

⁶³ U. MATTEL, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, p. 20.

⁶⁴ Così, anche sulla scia del lavoro svolto dal *German Law Journal*, che ha particolarmente valorizzato questa chiave, R.A. MILLER, P.C. ZUMBANSEN, *Comparative Law as Transnational Law. A Decade of the German Law Journal*, Oxford, 2011.

⁶⁵ Rimando in proposito a M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., e EAD., *Il puzzle della privatizzazione*, cit.

⁶⁶ Per esempio, si può ricordare il Progetto di dar vita a un Codice transnazionale di procedura civile, che vide coinvolto anche uno studioso italiano come Michele Taruffo. Si veda A. GIDI et al., *Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 33, 2001.

tional private regulation, oggetto di variegata attenzione da parte dei comparatisti⁶⁷.

Anche la proliferazione di diritto transnazionale sembra, dunque, spingere l'attenzione verso un esteso fenomeno di *private law-making*: una direzione verso la quale sembra muoversi Monateri quando, nel sottolineare il bisogno di una nuova teoria per il diritto comparato, suggerisce che la sua premessa potrebbe risiedere nella "capacità del diritto comparato di studiare il diverso ruolo che le varie *law-making élite* assumono nel *legal process* delle varie giurisdizioni"⁶⁸. Anche se il riferimento non è rivolto espressamente a professionisti privati, il fatto di puntare prioritariamente l'attenzione sulle *élites* giuridiche implica un significativo spostamento, come per segnalare che il centro di gravità del sistema giuridico non risiede più in una razionalità pubblica del diritto, ma verso gruppi di giuristi di vario tipo che rispondono a varie specializzazioni (commerciale, finanziaria, dei diritti umani, ecc.), e spesso accomunati dall'essere sintonizzati su una *ratio* di mercato. Naturalmente, anche nel passato le professionalità private rispondevano a esigenze di soggetti privati, in un quadro di tipo liberale. Ma il loro spazio di azione si svolgeva in un territorio presidiato da precisi paletti statali o internazionali, e non includeva capacità di *law-making* a livello globale.

7. C'è spazio per un formante professionale?

Ciò ci porta a interrogare la *teoria dei formanti*. Questo lascito teorico di Rodolfo Sacco, così importante per la scuola comparatista non solo italiana, forse non ha dato tutti i frutti che poteva dare. Quando fu formulata, quella teoria faceva riferimento essenzialmente al contesto degli Stati, ma, come tutti sappiamo, ciò non significa che Sacco considerasse i tre formanti legislativo, giudiziario e dottrinario, come fissi e

⁶⁷ Si vedano in proposito F. CAFAGGI, *Transnational Private Regulation and the Production of Global Public Goods and Private 'Bads'*, in *European Journal of International Law*, 23, 2012 e ID. (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2016.

⁶⁸ P.G. MONATERI, *Comparative Legal Methods*, cit.

immutabili. Inoltre quello schema fu subito complicato dall'introduzione dei crittotipi, che sono nascosti, ma capaci di effettività. Quella teoria portava in sé la consapevolezza sia della mobilità, sia della possibile variabilità dei formanti, configurando un orizzonte di pluralismo giuridico di variabile estensione. Precisando che diverse società possono concepire e avere diversi e più o meno numerosi formanti giuridici, a Sacco premeva sottolineare soprattutto il germe della dinamicità che i sistemi giuridici hanno in grembo, e la cui analisi consente una comprensione molto più articolata e mossa del fenomeno giuridico. La teoria dei formanti giuridici, impostata da Sacco, è rimasta grosso modo immutata, e quel repertorio, pur essendo talora utilizzato in accezioni allargate, non ha subito significativi rimaneggiamenti o integrazioni, pur in presenza dei vistosi cambiamenti dello scenario giuridico, che erano imprevedibili, o poco pronunciati, quando la teoria fu creata.

Di fronte alle estese potenzialità dell'idea del formante giuridico, la domanda è: vi è spazio per elaborare un nuovo formante di tipo professionale, che renda conto, nell'ambito del fenomeno di estesa privatizzazione della produzione giuridica, soprattutto della diffusione di un diritto proveniente da professionalità private esercitate a livello transnazionale secondo la razionalità di mercato? Stiamo parlando soprattutto di grandi *law firms* e di arbitri internazionali, e di tutte le altre professionalità private che nello scenario transnazionale gestiscono "in modo privatistico le stesse fonti del diritto e della legittimità internazionale"⁶⁹. La privatizzazione giuridica è una trasformazione troppo importante per essere abbandonata alla sua 'naturale' evoluzione, e per trascurare una maggiore focalizzazione sulle modalità e sui soggetti dai quali viene realizzata. Occorre catturare il fenomeno nelle sue varie sfaccettature e quella legata alla componente professionale dei giuristi privati è particolarmente rilevante.

Del resto, proprio in questa direzione muove la riflessione in chiave critica elaborata da Katharina Pistor nel suo volume *Il codice del capitale*⁷⁰. La tesi sostenuta è che il diritto ha un ruolo chiave nella distribu-

⁶⁹ P.G. MONATERI, *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, cit., p. 586.

⁷⁰ K. PISTOR, *The code of capital. How law creates wealth and inequality*, Princeton-Oxford, 2019. Il volume è stato tradotto in italiano col titolo *Il codice del capitale*,

zione della ricchezza e che il ruolo dei giuristi è sempre stato essenziale nella creazione di ciò che chiamiamo capitale. Questo non esiste senza il conio giuridico, opportunamente confezionato, che lo abilita a svolgere le sue funzioni e lo protegge in vari modi, anche attraverso veri e propri privilegi. Com'è stato osservato, la radicalità di questa tesi non lascia spazio “alla residua forza del costituzionalismo liberal-democratico” che si è sviluppato nel Novecento, e fornisce un’immagine unidirezionale del diritto, esclusivamente come “infrastruttura giuridica per i poteri privati”⁷¹.

Le tesi irriverenti sul ruolo svolto dal diritto in economia e sulla distribuzione della ricchezza non sono una novità: vari filoni critici e autori hanno messo in risalto le responsabilità di un diritto che prepara l’ambiente per le disuguaglianze, che commette ingiustizie, e che varca perfino la soglia dell’illegalità⁷². Negli ultimi anni, nel quadro del capitalismo finanziario, anche Paolo Prodi e Guido Rossi si sono spinti su questo terreno, utilizzando la categoria del “furto”⁷³. Ciò che caratterizza e distingue il contributo di Pistor è il suo concentrarsi non più solo sul diritto, ma sull’identificazione dei soggetti che concretamente operano a livello transnazionale nella qualità di *master coders*: sono questi padroni e maestri del conio giuridico, che permettono al capitale di essere tale, ossia di battezzarlo giuridicamente e di aggiungere i requisiti (di priorità, durata, universalità e convertibilità) che lo rendono operativo attraverso moduli giuridici appositamente confezionati.

Pistor non fa riferimento solo al nostro tempo, ma sottolinea come, specialmente nell’odierno panorama, “il capitalismo deve la sua esuberanza all’abilità dei giuristi nel confezionare nuovo capitale e nuove

Roma, 2021. Per maggiori riferimenti sul volume rimando al mio *Il capitale e il tocco magico del diritto. Storie a attuali protagonisti secondo K. Pistor*, in *Politica del diritto*, 4, 2019, che fa riferimento all’edizione originale. Anche la citazione seguente fa riferimento a tale edizione.

⁷¹ A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura giuridica per i poteri privati?*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021, p. 1012.

⁷² Per restare al panorama italiano, dal fronte dei comparatisti vari contributi hanno adottato questa chiave: U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the rule of law is illegal*, Malden, 2008, E. GRANDE, *Guai ai poveri. La faccia triste dell’America*, Torino, 2017, e S. FERLITO, *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Milano, 2016.

⁷³ Si veda P. PRODI, G. ROSSI, *Non rubare*, Bologna, 2010.

organizzazioni dal materiale esistente”, così come la globalizzazione ha potuto funzionare perché i detti *masters* “sono stati abili nel cucire insieme, attingendo dai loro sistemi giuridici preferiti e da un insieme di trattati internazionali un *patchwork* che sostiene il mercato globale di beni e servizi” per conto dei propri clienti⁷⁴. Qui peraltro è esplicito il riferimento anche alle specifiche doti di conoscenza comparatistica, che permettono a questi giuristi di padroneggiare un ampio panorama di contesti giuridici e di pescare in questo grande repertorio le soluzioni migliori per soddisfare le esigenze dei loro clienti.

Pistor, pur senza denominarlo, illustra dunque perfettamente l’esistenza di ciò che si potrebbe chiamare un vero e proprio *formante professionale*: un formante ancora non teorizzato in dottrina, ma estremamente attivo nella vita economica transnazionale da almeno quattro decenni. Esso corrisponde a un diritto *à la carte*, creato per dare risposta a bisogni privati di vario tipo, che è stato via via accettato esplicitamente o implicitamente dagli Stati. Si tratta di un tassello che ha svolto un ruolo estremamente importante nel processo di privatizzazione giuridica, che deve molto a qualità professionali, e che, in quanto tocca la sfera del *law-making*, vive in un rapporto mai del tutto risolto con il tema della legittimità.

La formula *professional law* è stata talora usata anche nel passato per indicare uno dei modelli che, accanto al *political law* e al *traditional law*, componevano la tassonomia giuridica del mondo⁷⁵. Essa designava orgogliosamente l’autonomia dello spazio giuridico dalla politica e se ne poteva individuare l’origine nel tempo di Sir Edward Coke, quando al Re fu negata la partecipazione alle deliberazioni della ‘sua’ Corte, sulla base del fatto che non aveva ricevuto una formazione giuridica⁷⁶. Quell’autonomia ha sempre vissuto in Occidente in rapporto biunivoco “con l’idea e la convinzione che debba essere affidata a un ceto non di teologi o ideologi, ma di tecnocrati. Professionisti che svol-

⁷⁴ K. PISTOR, *The code of capital*, cit., p. 179.

⁷⁵ U. MATTEL, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems*, cit.

⁷⁶ *Ivi*, p. 23.

gono la propria attività sulla base di una cultura specialistica”⁷⁷. Quella idea era alla base di vari testi e manuali per l’insegnamento redatti da comparatisti. Oggi, ciò che qui si propone di chiamare “formante professionale” sembra presentarsi come un rigurgito estremo e rovesciato di quella storia, e, sulla via di una sempre più estesa privatizzazione, non indica più un percorso di indipendenza del diritto, ma piuttosto una crescente dipendenza di una sua parte dalla *ratio* del mercato.

⁷⁷ Così M. BUSSANI, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p. 189.

DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO COMPARATO A TRENTO: IERI, OGGI E DOMANI

Giuseppe Nesi

1. Quando mi è stato chiesto di prendere la parola al convegno in ricordo di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti su *Metodi e sfide del diritto comparato*, e di partecipare alla tavola rotonda *Trento e il diritto comparato: osservare il passato per guardare al futuro*, ho volentieri accolto l'invito. Oltre che l'idea di contribuire al ricordo di due grandi giuristi, mi faceva piacere riflettere sul tema oggetto della tavola rotonda, attingendo in parte ai miei ricordi e pensando soprattutto alla storia della Facoltà di Giurisprudenza di Trento¹. Il mio intervento si baserà dunque, retrospettivamente, su queste riflessioni e su un articolo recentemente pubblicato e che utilizzerò pressoché *verbatim*; questa scelta è dovuta al fatto che in quello scritto ho provato proprio a “osservare il passato”, come indicato nel titolo della tavola rotonda. Dopo accennerò a un progetto avviato negli scorsi anni e, in prospettiva futura, a un altro avente ad oggetto la formazione di giuristi e la diffusione del diritto comparato e del diritto internazionale lontano da Trento sul quale ragioniamo da un po' di tempo.

2. Nell'articolo al quale mi riferisco richiamo le parole che utilizzo nel dare il benvenuto agli studenti nel corso di diritto internazionale, allorché parlo, per grandi linee, della storia della Facoltà di Giurispru-

¹ Lo spunto per riflettere su Trento e il diritto comparato mi era stato offerto dalla preparazione dell'articolo scritto per il blog in onore di Roberto Toniatti, pubblicato alla fine del 2020. L'articolo, intitolato *Diritto internazionale, diritto comparato e comparative international law*, è reperibile online nella sua originaria formulazione all'indirizzo: <https://www.robortoniatti.eu/contributi/diritto-internazionale-diritto-comparato-e-comparative-international-law>.

denza di Trento, delle sue principali caratteristiche e di come l'insegnamento delle materie giuridiche ha preso qui forma nel corso degli anni. Nel farlo ricordo che la Facoltà di Giurisprudenza di Trento è nata a metà degli anni Ottanta del secolo scorso per iniziativa di alcuni professori, provenienti soprattutto dalle Università di Bologna e di Torino e subito affiancati da altri di altre zone d'Italia, che intendevano creare una Facoltà giuridica che potesse offrire agli studenti una formazione che, pur rispettando i requisiti ministeriali, andasse al di là dei tradizionali canoni, assai conservatori, osservati nelle Facoltà giuridiche del resto d'Italia. I canoni tradizionali, frutto probabilmente di alcuni luoghi comuni di lontana provenienza, prevedevano per esempio che il diritto nelle sue varie articolazioni dovesse essere studiato secondo un'ottica esclusivamente interna, nazionale; che il diritto internazionale – nonostante gli sforzi di tutti gli internazionalisti contemporanei di dimostrare il contrario – fosse una materia più vicina alla filosofia che al diritto; che si desse molto spazio alle materie romanistiche. Infine, tranne alcune lodevoli eccezioni, era molto raro che ci fossero insegnamenti di diritto comparato.

In questo contesto nazionale, assai per così dire ingessato e comunque abbastanza omogeneo, a Trento c'era una comunità di studiosi che – per preciso volere dei suoi promotori – stava creando una Facoltà in cui a ciascun insegnamento di diritto positivo, diritto privato, diritto penale, diritto amministrativo, diritto del lavoro, diritto processuale civile, diritto processuale penale... ne veniva affiancato un altro con in più la parola "comparato". E questo perché tra coloro che avevano accolto l'invito a far nascere la Facoltà di Giurisprudenza di Trento molti, pur provenendo da una formazione tradizionale, avevano iniziato o promosso gli studi comparatistici in Italia. È da notare che all'epoca a nessuno passò per la mente di aggiungere la parola comparato alla materia del "diritto internazionale", e questo perché si riteneva che lo studio e l'insegnamento del diritto internazionale avessero caratteristiche che non si prestavano alla comparazione. La centralità che a Trento è stata data, ed è data, agli studi comparatistici nelle varie accezioni, e cioè non soltanto come metodologia alla quale fare ricorso nell'esame degli istituti e delle caratteristiche rilevanti dei diversi ordinamenti giuridici statali, oppure come metodo per comparare diverse materie colle-

gate al diritto, o ancora come modo di affrontare, comparando i diversi percorsi seguiti dalla storia, i principali fenomeni storici e concetti filosofici connessi allo studio del diritto.

3. Fino a qualche anno fa, pur riconoscendo la particolare utilità in generale del ricorso alla comparazione negli studi giuridici e ricordando il successo dell'esperienza trentina che ha ormai pervaso in tutta Italia Facoltà giuridiche che apparivano impermeabili a tale prospettiva, concordavo con i fondatori della Facoltà giuridica trentina e ritenevo che il diritto internazionale fosse immune dalla comparazione. Appariva infatti difficile parlare di "diritto internazionale comparato", salvo che con questa espressione non si volesse alludere – a mio avviso in maniera corretta – all'esistenza di diverse scuole, regionali o nazionali, africana, latino-americana, tedesca, francese, anglosassone, italiana, di New Haven... ciascuna capace di dare una visione originale dello studio e dell'insegnamento del diritto internazionale, materia che aveva tuttavia una sua unicità in ragione soprattutto dei suoi soggetti e delle sue fonti, e ovviamente delle sue caratteristiche di base.

Il convincimento d'insegnare una materia immune dalla comparazione si basava infatti sulla circostanza che per me è sempre esistito un solo modo d'illustrare le caratteristiche di fondo del diritto internazionale rispetto a quelle dell'ordinamento statale... Il diritto internazionale si occupa di una società di 'eguali' e non esiste un sistema accentrato di produzione, esecuzione e accertamento del diritto, contrariamente a quanto avviene per gli ordinamenti statali. Non c'è un legislatore mondiale, né un giudice mondiale e tanto meno un governo mondiale, per quanto secondo la Carta delle Nazioni Unite (che a sua volta non è la Costituzione mondiale) l'Assemblea generale possa discutere e deliberare su qualsiasi argomento; la Corte internazionale di Giustizia sia il principale organo giurisdizionale dell'ONU e il Consiglio di Sicurezza abbia la responsabilità primaria nel mantenimento della pace e sicurezza internazionale. Da queste considerazioni derivano diverse conseguenze in relazione alle attività degli Stati e al modo in cui si forma la loro volontà nel partecipare al commercio giuridico mondiale.

Era dunque forte l'idea – lo ripeto – che il diritto internazionale fosse, per così dire, unico e comunque non suscettibile di comparazione, se non nel senso spiegato sopra. Rafforzava questo convincimento anche una delle mie prime letture di diritto internazionale nella quale un grande internazionalista, Oscar Schachter, faceva riferimento all'espressione “invisible college of international lawyers”² per descrivere una sorta di comune modo d'intendere i caratteri fondamentali del diritto internazionale da parte di coloro che, in tutto il mondo, lo praticavano – nei ministeri, negli studi legali, nelle organizzazioni intergovernative, nelle organizzazioni non governative, nelle piccole e grandi aziende – o lo insegnavano o facevano ricerca nell'ambito del diritto internazionale – nelle Università, nei *think tank*, nelle istituzioni culturali.

4. Da qualche anno a questa parte devo però segnalare che è sempre più diffuso, negli scritti di colleghi internazionalisti, soprattutto all'estero, il riferimento all'espressione *comparative international law*, così come sempre più spesso si parla, nel descrivere fenomeni di diritto internazionale, di *comparative foreign relations law*. Che cosa s'intende con queste due espressioni e come si relazionano con il diritto comparato e con il diritto internazionale? Per quel che riguarda il *comparative international law*, che scaturisce proprio dal rapporto tra diritto internazionale e diritto comparato, lascio la parola a una brillante internazionalista australiana, Anthea Roberts, che nell'ultimo decennio ha dedicato energie e studi a questo tema e che si è anche chiesta in un recente volume se il diritto internazionale sia davvero internazionale³. Anthea Roberts, nel descrivere e commentare il ruolo dei tribunali interni nella creazione e nell'attuazione del diritto internazionale, ricorda che i giuristi hanno familiarità con il diritto comparato (inteso come lo studio del-

² O. SCHACHTER, *The Invisible College of International Lawyers*, in *Northwestern University Law Review*, 1977-78, p. 217 ss. Segnalo in proposito anche S. VILLALPANDO, *The 'Invisible College of International Lawyers' Forty Years Later*, in *ESIL Conference Paper Series*, 3, 2013, p. 1; A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Oxford, 2004, nonché O.A. HATHAWAY, S.J. SHAPIRO, *The Internationalists. How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, 2017.

³ A. ROBERTS, *Is International Law International?*, Cambridge, 2018.

le analogie e delle differenze tra sistemi giuridici nazionali) e con il diritto internazionale (inteso come il diritto creato dagli Stati nei rapporti tra loro). E poi precisa che gli accademici e chi pratica il diritto devono ancora teorizzare (*conceptualize*) una sintesi emergente tra diritto comparato e diritto internazionale attraverso la quale i tribunali interni e gli altri strumenti di governo adattano in vario modo il diritto internazionale, creando così una base per uno studio comparato. In estrema sintesi, secondo Roberts,

academics, practitioners and international and national courts are increasingly seeking to identify and interpret international law by engaging in comparative analyses of various domestic courts decisions. This emerging phenomenon, which I term ‘comparative international law’, loosely fuses international law (as a matter of substance) with comparative law (as a matter of process)⁴.

Quanto invece alla materia *comparative foreign relations law*, è il curatore di un’eccellente raccolta di scritti sull’argomento che viene in soccorso. Nella prefazione al volume che raccoglie diversi contributi vertenti sul tema, Curtis Bradley scrive:

comparative foreign relations law compares and contrasts how nations, and also supranational entities such as the European Union, structure their decisions about matters such as entering into and exiting from international agreements, engaging with international institutions, and using military force, as well as how they incorporate treaties and customary international law into their domestic legal systems⁵.

5. Le definizioni di *comparative international law* e di *comparative foreign relations law*, appena ricordate, potrebbero fare pensare che a Trento si possa ormai gettare il cuore oltre l’ostacolo e finalmente ag-

⁴ A. ROBERTS, *The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 57.

⁵ C.A. BRADLEY, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford, 2019, p. vii. Interessanti spunti sono contenuti anche in H. AUST, T. KLEINLEIN (a cura di), *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, Cambridge, 2021.

giungere, per la prima volta in Italia, il termine “comparato” alla materia del diritto internazionale.

Credo tuttavia, in maniera sempre più convinta, che sia nell’un caso che nell’altro l’oggetto dello studio sia pur sempre il diritto internazionale: entrambi gli approcci disciplinari appena descritti tendono in realtà a comparare la posizione degli Stati e delle loro articolazioni nel trattare questioni di diritto internazionale. E, d’altra parte, “to put it bluntly”, mentre è indubbio che nello studiare e applicare il diritto non si possa oggi prescindere dal constatare la pluralità di ordinamenti giuridici statali, escluderei di potere financo immaginare una pluralità di ordinamenti giuridici internazionali, benché in determinate materie possano nascere delle norme consuetudinarie regionali e particolari così come nel diritto internazionale si possono trovare comunità con regole specifiche che non sono però in grado di costituire un vero e proprio ordinamento distinto. La soluzione potrebbe forse essere quella di intendersi su che cosa significhi “diritto internazionale comparato”, avendo però ben presente che l’oggetto dell’indagine e della comparazione è pur sempre un ordinamento giuridico unitario⁶.

Discorso del tutto diverso – che non rileva direttamente per il cosiddetto diritto internazionale comparato, ma al quale accenno qui per completezza e per offrire un’istantanea dello stato dell’arte – è il discorso della molteplicità di specializzazioni del diritto internazionale. A questo proposito, la rapida e tumultuosa evoluzione dei rapporti internazionali ha reso oggi sempre più difficile, anche per chi insegna diritto internazionale, riuscire a seguire esaustivamente i progressi che si registrano nelle varie articolazioni del diritto internazionale, che spaziano dal diritto dei conflitti armati al diritto del mare, dalla tutela internazionale dei diritti umani al diritto internazionale dell’economia, dal diritto dell’ambiente al diritto delle istituzioni internazionali, al diritto dello spazio... Per non ricordare che a loro volta queste articolazioni sono ricche di ulteriori specializzazioni. Proprio alla luce di questi sviluppi appare ancora più importante partire, anche nell’insegnamento del diritto internazionale, da punti chiari e condivisi che richiamano quelli che

⁶ M. FORTEAU, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law. Lessons from the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, 2015, p. 498.

sono alla base dell'*invisible college of international lawyers*, e che sono imprescindibili per la comprensione del diritto internazionale come disciplina giuridica dalle molteplici articolazioni, nonché nei rapporti con altri ambiti di conoscenza.

6. Fin qui la riflessione sui rapporti tra diritto internazionale e diritto comparato a Trento. Quanto invece alle prospettive della Facoltà, accennerò a due progetti, il primo avviato da alcuni anni e un secondo che si trova ancora in fase progettuale.

Il primo progetto al quale mi riferisco, è la laurea triennale in inglese in *Comparative, European and International Legal Studies (CEILS)*, voluto dalla Facoltà di Giurisprudenza per far fronte a una crescente domanda di un tipo di formazione giuridica, non ancora presente in Italia allorché il programma fu lanciato. In particolare, si era notato che sempre più di frequente studenti italiani decidevano, alla fine della scuola media superiore, di studiare all'estero anche materie giuridiche. Si iniziò dunque a riflettere all'inizio degli anni Dieci di questo secolo, sull'opportunità di offrire anche a Trento una valida alternativa. La Facoltà si era in realtà distinta fin dalla sua istituzione per la sua apertura 'genetica' al mondo e per alcuni insegnamenti impartiti in lingue diverse dall'italiano. Approntare un vero e proprio corso, seppure triennale, d'insegnamento di materie giuridiche in lingua diversa dall'italiano apparve quasi naturale a molti di noi, e così nacque e si consolidò l'idea che occorreva fare uno sforzo ulteriore che prometteva bene da diversi punti di vista. Molti studenti di madrelingua italiana avrebbero potuto studiare giurisprudenza in lingua diversa dall'italiano; un corso triennale in inglese avrebbe potuto attrarre a Trento studenti e docenti stranieri; gli stessi docenti della Facoltà avrebbero potuto perfezionare e consolidare i propri metodi d'insegnamento in una lingua diversa dall'italiano e questo avrebbe loro permesso di affrontare più serenamente anche il confronto (e la concorrenza) con un mondo internazionale della didattica nel quale l'abilità a insegnare diritto in più lingue è certamente un grande vantaggio. In altre parole, gli aspetti positivi dell'iniziativa apparvero evidenti: i rappresentanti degli studenti si rammaricavano di essere troppo anziani per poterne approfittare e i docenti, soprattutto i

più giovani, dimostrarono un grande entusiasmo e una piena disponibilità. Ad alcuni anni di distanza si può dire che CEILS, al quale soltanto una parte di coloro che presenta domanda viene ammesso, abbia raggiunto almeno alcuni dei suoi scopi, anche se, come sempre, c'è tanto da lavorare⁷.

L'altra iniziativa, che è in fase di preparazione, riguarda invece un programma con un Paese africano e con le istituzioni di quel continente che ha l'obiettivo di formare i giudici e affermare lo stato di diritto. Anche in questo caso ci ispiriamo ad alcuni dei padri fondatori della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, e tra questi certamente a Rodolfo Sacco che in Africa insegnò ed ebbe importanti e dirette esperienze soprattutto negli anni Sessanta e Settanta. Ma, per ovvie ragioni, di questo progetto parleremo diffusamente soltanto una volta che si sarà concretizzato.

⁷ CEILS è il risultato di un progetto avveniristico promosso dall'allora Preside della Facoltà di Giurisprudenza prof. Giuseppe Nesi, con la collaborazione del Preside Vicario prof. Fulvio Cortese e del Gruppo di Lavoro (professori Marco Dani, Gabriella Di Paolo, Paola Iamiceli, Elena Ioriatti) costituito e coordinato dal prof. Nesi (nota dei curatori).

LONTANO DALLA LUCE DEL LAMPIONE:
UN INEDITO APPUNTO DI VIAGGIO
DI RODOLFO SACCO

Elisabetta Grande

L'occasione odierna mi è davvero gradita per la grande gioia di rivedere amici e colleghi dei miei anni presso l'Università trentina, ma soprattutto perché mi consente di ricordare insieme a voi un Maestro, anzi *il* Maestro, della disciplina cui è dedicato questo incontro: Rodolfo Sacco. È a Sacco, infatti, che si deve l'istituzione dell'insegnamento del diritto comparato – non solo a Trento, ma in tutta Italia – ed è a Lui che noi tutti dobbiamo un metodo, un approccio, alla comparazione del diritto del tutto originale, divenuto poi rapidamente globale. È dunque al ricordo del grande Maestro della nostra disciplina – che ci ha purtroppo da poco lasciati – che vorrei dedicare le poche parole che seguiranno, aiutandomi all'uopo con un preziosissimo strumento, che il caso ha voluto io trovassi fra le mie carte poco dopo la sua dipartita. Si tratta di un manoscritto che Rodolfo Sacco aveva redatto nel febbraio del 2000, in cui il Maestro si racconta, e che ho avuto l'impressione fosse misteriosamente comparso sulla mia scrivania proprio perché io lo potessi condividere con voi, suoi amici e colleghi di una vita.

Aiutandomi con le sue parole, vergate nel manoscritto in questione – procedendo quindi con lui idealmente mano nella mano – vorrei dunque provare a indicarvi quale è stata secondo me la cifra del lavoro di Rodolfo Sacco, la grande intuizione, cioè, che ha caratterizzato l'intero suo operato di studioso del diritto. Farò all'uopo riferimento a una storiella della tradizione sufi, quella resa nota da Jean Paul Fitoussi come *Il teorema del lampione* nel suo libro omonimo del 2013. Si tratta di uno dei tanti racconti del noto Mulla Nasruddin (o Mullah Nasreddin), figura favolistica e satirica, che a partire dal XIII secolo dopo Cristo hanno attraversato i secoli e le maggiori capitali d'Oriente per giungere immutate fino a noi.

Questa la storiella:

Alcuni amici una notte incontrano Nasruddin che cammina carponi sotto un fanale. “Cosa stai cercando?”, gli chiedono. “Ho perduto la chiave di casa”, risponde. Tutti si chinano per aiutarlo. Dopo una ricerca infruttuosa, uno di loro pensa di chiedere dove ha perduto la chiave. “A casa”, risponde Nasruddin. “Ma allora, perché la stai cercando sotto questo fanale?”, gli chiedono. “Perché qui c’è più luce!”, replica Nasruddin.

Sovente – o forse sempre – quando studiamo i fenomeni, anche giuridici, cerchiamo la chiave della casa – ossia l’oggetto del nostro studio – laddove per noi c’è luce; nei luoghi, cioè, a cui conducono le nostre conoscenze pregresse. È spesso, tuttavia, dove la luce non c’è che esso si nasconde. Cambiare prospettiva, liberarsi dalle inconsapevoli costrizioni culturali che ci impongono di guardare solo sotto il lampione e cercare invece nei luoghi bui è, quindi, spesso essenziale per trovare davvero ciò che cerchiamo. A me pare sia questo l’insegnamento della storiella: un insegnamento che Rodolfo Sacco ha seguito nel corso di tutta la sua fulgida carriera di studioso. Egli, infatti, fin da subito ha saputo illuminare i luoghi bui del diritto, trovandolo laddove nessun altro l’aveva cercato prima, perché abbagliato dalla luce del lampione.

Seguiamolo allora estrapolando alcune parti dal racconto che, nel manoscritto di cui ho detto in apertura, Rodolfo Sacco offre di sé.

Ricordi di Rodolfo Sacco (feb. 2000).

Dotatissimo per la matematica, amavo la storia. Circostanze in contrasto con i miei desideri vollero che studiassi giurisprudenza (anni 1941-1945). Dapprima pensai di dedicarmi alla storia del diritto medievale, ma l’incontro con Mario Allara mi indusse a dedicarmi al diritto civile.

Per indicare cosa fosse Mario Allara, dobbiamo immaginare un seguace del metodo concettuale (proposto da Puchta all’inizio del secolo XIX), deciso a seguire classificazioni rigorose come quelle invocate, nell’ambiente inglese, da John Austin e da Hohfeld. Allara mi interessò perché, con il suo culto per la precisione concettuale e terminologica, si poneva problemi epistemologici, cioè cercava di elaborare un sapere criticamente vagliato; era un uomo di scienza.

Però, già nella mia tesi di laurea iniziai un percorso autonomo, il cui punto di arrivo era già fissato in modo molto nitido nei primi corsi tenuti per l’*Institut d’études européennes*, all’inizio degli anni ’50.

In quel tempo, avevo già ben chiaro davanti agli occhi il fatto che all'interno di ogni sistema giuridico la regola legale, la decisione giurisprudenziale e la categoria concettuale utilizzata nella scuola (e anche inserita nella legge e nella sentenza) sono relativamente autonome; e che questa loro disarmonia è messa in evidenza dalla comparazione.

Ecco dunque un giovanissimo Rodolfo Sacco che, ancora nella veste di studioso del diritto interno, pur se affascinato dal metodo dogmatico-concettuale di Mario Allara, scardina tuttavia fin dalla sua tesi di laurea un dogma che all'epoca pareva inossidabile. Si tratta del principio dell'unitarietà della regola giuridica, secondo il quale alla formulazione legislativa corrisponderebbe una e una sola interpretazione dottrinale corretta, che a sua volta ripresa dalla giurisprudenza consegnerebbe alla società la regola democraticamente stabilita dal parlamento. In una tale prospettiva i contrasti giurisprudenziali o dottrinali rappresenterebbero una patologia del sistema, che prima poi però tornerebbe alla sua fisiologia con relativo allineamento interpretativo di quelli che Rodolfo Sacco chiamerà i formanti del diritto. La ricerca nei luoghi bui del giuridico, quelli che fino ad allora erano rimasti del tutto inesplorati, porta Sacco a vedere ciò che ci vorrà molto tempo prima che altri vedano. La regola, dice già allora Rodolfo, non è unitaria, ma plurale: i singoli formanti seguono cioè strade autonome, non necessariamente coincidenti, e ciò – sostiene Rodolfo – è del tutto fisiologico. Si tratta di una prima formulazione, per così dire ancora 'debole', di quella che sarà poi la sua teoria dei formanti, che regalerà ai comparatisti un metodo di studio nuovo, quello strutturale, da affiancare al classico metodo funzionale. Affermare e accettare il pluralismo della regola giuridica significa altresì riconoscere un ruolo creativo, o quanto meno cooperativo, al giudice nella costruzione del diritto, ciò che non poteva che apparire blasfemo al tempo in cui Rodolfo Sacco si laureava. Questo è vero soprattutto in ambito penalistico, settore nel quale perfino i sistemi di *common law* – assai più pronti ad attribuire un ruolo di fonte del diritto alla giurisprudenza – nell'ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole per l'imputato, per tutelarlo contro la sostanziale retroattività della norma non facevano uso del *prospective overruling* – come capitava in ambito civilistico – ma ricorreranno all'escamotage del *mistake of law* (l'errore di diritto in cui sarebbe incorso l'imputato a causa della sua conoscenza

della previa interpretazione giurisprudenziale a lui favorevole, che peraltro non si indagava neppure fosse avvenuta) in modo da occultare il ruolo creativo del giudice¹. Rodolfo Sacco, insomma, illuminando con il suo sguardo vigile e dissacrante le stanze buie del diritto, vede già da subito ciò che gli altri non riuscivano o temevano di vedere, anticipando quanto – per il settore penale – solo decenni dopo sarebbe stato affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, in sentenze come *Del Rio Prada v. Spagna* del 2013, e sarebbe quindi stato finalmente riconosciuto, sia pure a malincuore, anche a casa nostra².

È, però, nel momento in cui si misura con la comparazione che, attraverso una ricerca lontana dalla luce del lampione, Rodolfo Sacco esplora a tutto campo le vie della scoperta di regole giuridiche fino a quel momento invisibili ed elabora quella teoria “spessa” della dissociazione dei formanti che fra i tanti forse costituisce il suo lascito più straordinario.

Continuiamo dunque a seguirlo nel racconto del suo percorso accademico:

L'Institut d'études européennes all'epoca praticava un insegnamento postuniversitario rivolto alla comparazione giuridica. Vi ebbe subito un posto di spicco René David, e io gli fui assegnato come assistente; dopo un anno mi fu affidato un corso, e così mi preparai a dare insegnamenti comparatistici. Per me questa prima occasione fu preziosa.

Mi sentii ben presto comparatista, ed ero fiero di praticare una disciplina che, secondo me, offriva la chiave per assicurare alla scienza giuridica uno strumento epistemologico adeguato, da contrapporre al metodo dogmatico.

La mia preparazione come storico e la mia padronanza delle lingue (a 24 anni tenevo conferenze in tedesco a Vienna e lezioni in francese, a 26 anni traducevo dal russo la grande opera sulla proprietà socialista

¹ Sul punto si consenta un rinvio al mio *La sentenza 364/88 della Corte Costituzionale e l'esperienza di common law. Alcuni possibili significati in tema di errore di diritto*, in *Il Foro Italiano*, 113, 1990 e *Giurisprudenza costituzionale e civile*, 1990, pp. 415/416-427/428; o a *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Politica del diritto*, 1996, pp. 469 ss.

² Cfr. fra i tanti lavori, l'analisi svolta sul punto da S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e Clinica per l'analisi della decisione del caso*, Atti di un Seminario, Padova, 2000, pp. 239 ss.

dello Stato di Venediktov) mi aiutavano a praticare tecniche comparatistiche.

Ben presto, il mio legame con il mio maestro divenne poco visibile. Ma qualcosa della sua impostazione era rimasta nel mio metodo. Egli studiava distinguendo il dato giuridico (“giuridico puro”) dai suoi correlati sociali, ambientali, politici e così via. Anch’io ho sempre tenuto distinti i dati appartenenti a piani diversi. Ciò mi ha poi permesso di isolare con chiarezza, qualche decennio più tardi, le regole giuridiche dei paesi socialisti condizionate dalla scelta socialista, e quelle cui veniva data solo per declamazione una giustificazione socialista.

In breve: molto giovane, avevo avuto occasione di frequentare studiosi di vari Paesi (fra cui René David ed Esser) e analizzare in cosa consistessero le differenze fra i loro modi di ragionare in materia giuridica; avevo studiato qualche tema in modo comparativo; avevo acquisito la certezza che la comparazione ha un posto privilegiato fra gli strumenti che ci consentono una conoscenza critica del diritto.

Nel 1955 vincevo un concorso a cattedra e venivo nominato professore a Trieste (per qualche anno ero già stato professore incaricato di diritto comparato a Torino). In quel tempo era uscito il libro di Gorla sul contratto. Cercai Gorla, entrai in contatto con lui, lo considerai il mio nuovo maestro. L’opera di Gorla chiariva cosa occorra perché una promessa sia vincolante in diritto inglese e in diritto francese. La lettura della sua opera confermava la mia tesi sulla dissociazione dei formanti: le regole operazionali in Francia e Inghilterra sono simili, ma le definizioni sono antitetiche. Passai decenni a tentar di convincere Gorla che i risultati da lui raggiunti erano importanti proprio perché mostravano falsa la ricostruzione di un sistema fondata sulla sola legge, sulle sole definizioni o sulla sola casistica.

Nell’estate del 1960 incominciai a insegnare alla *Faculté internationale de droit comparé* di Lussemburgo. Dovevo insegnare il contratto. Fu un’occasione per basare la comparazione sulla contrapposizione dei formanti e sulla scoperta delle regole implicite (latenti) nei vari sistemi.

Alla *Faculté* conobbi un gran numero di persone interessanti.

Subito dopo, iniziai il mio insegnamento a Pavia. Ivi fui ascoltato dai colleghi e, quando fui preside, potei predisporre un piano di studi che faceva un posto alquanto largo al diritto comparato (sei insegnamenti). Per diffondere la conoscenza dei sistemi, curai la traduzione italiana della classica opera di R. David.

Nel 1965 presentai al pubblico due articoli scritti con cura, in cui alcuni risultati e l’ossatura del mio metodo erano messi bene in vista (cf. specialmente *Définitions savantes et droit appliqué*, in R.I.D.C. di quell’anno).

Nel 1970 conobbi R. Schlesinger, che era in Italia per l'VIII congresso dell'Accademia di d.c. Gli fui presentato da Gorla. In quel momento non avevo ancora letto la *Formation of Contracts*. Intrapresi la lettura, e constatai che R. Schlesinger si era misurato con quelle circostanze svianti che il comparatista superficiale suole trascurare (diversa mentalità, diversi presupposti tacitamente assunti dai giuristi di aree non comunicanti), e aveva trovato la procedura corretta per neutralizzarle. Constatai anche che da tutto il lavoro guidato da R. Schlesinger veniva confermato come una conoscenza del diritto operata con il sussidio di un solo formante (legge, massima giurisprudenziale, conoscenza esplicita di giuristi del paese dato) sia unilaterale e mutilata. Resi note le mie impressioni con una recensione (apparsa in R.D.C., 1972, II,172), che piacque a R. Schlesinger.

L'occhio del Rodolfo Sacco comparatista gli permette, dunque, di portare alla luce regole giuridiche che il non comparatista avrebbe difficoltà a individuare, perché operanti a livello crittotipico. È infatti il gioco di quella che Rudolph Schlesinger chiamava “comparazione per integrazione”³ – è cioè la ricerca delle analogie fra sistemi che richiede all'osservatore di entrare nella prospettiva dell'altro per poi riguardarsi e così rivedersi nell'acquisita nuova luce, o che permette all'osservatore straniero di vedere in atto altrove ciò che capita a casa sua, ma che l'osservatore interno non riesce a scoprire – che consente a Rodolfo Sacco di notare la possibile discrasia fra regola declamata e regola operativa ai vari livelli di formanti, nei differenti sistemi che analizza. La scoperta è esplosiva per la comparazione giuridica e per la conoscenza scientifica tutta, poiché idonea a rivoluzionare le conclusioni cui si sarebbe pervenuti laddove si fosse rimasti al livello superficiale delle mere declamazioni. È una comparazione spessa, profonda, quella immaginata da Sacco, laddove l'occhio terzo del comparatista illumina le regole operazionali vigenti – pur tuttavia nascoste alla vista del giurista interno – nei diversi sistemi, trovando spesso convergenze inaspettate, insospettate e invisibili per il non comparatista. È il metodo strutturale realizzato attraverso una dissociazione dei formanti complessa, che trova nutrimento nella comparazione, la cui paternità – con grandissima

³ R.B. SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*. Lezione tenuta in occasione della *laurea honoris causa* attribuitagli dall'Università degli studi di Trento l'8 marzo 1995.

umiltà – Rodolfo non attribuirà a se stesso, ma ai suoi maestri, Gino Gorla e Rudolph Schlesinger, di cui dirà di aver semplicemente messo in bella copia le idee⁴. È in realtà un metodo completamente nuovo, che Rodolfo Sacco – pur ispirato dal lavoro dei suoi maestri – mette a punto in modo del tutto originale (ed esplicita poi nelle famose *Tesi di Trento* del 1987)⁵, consegnando alla comparazione l'importantissimo compito di illuminare le zone d'ombra del diritto ovunque. Un compito “sovversivo”, come poi George Fletcher⁶ e Horatia Muir-Watt⁷ rimarcheranno, ideato paradossalmente da chi nella vita quotidiana è sempre stato estremamente attento a rispettare le convenzioni sociali, ma il cui spirito di combattente partigiano in tempi di pace sembra essersi trasposto sul piano della ricerca accademica.

Mosso dal desiderio di illuminare i luoghi bui del diritto per svelarlo nella sua interezza e complessità, Rodolfo Sacco non può certo fermarsi all'analisi della tradizione giuridica occidentale. Ecco, dunque, nel suo racconto come egli allarga i confini della sua ricerca:

Intanto le circostanze vollero che mi recassi con un certo ritmo in alcuni paesi socialisti (Cecoslovacchia, Bulgaria, Polonia, dal 1964 al 1975) e africani (Somalia, Marocco, dal 1970 al 1988).

[...] Dagli ultimi anni ho preso a sottolineare come il diritto sia stato rivoluzionato da innovazioni di importanza primordiale – incominciando dall'ultimo in ordine di tempo: il legislatore onnipotente, il giurista, lo Stato e il potere centralizzato, il soprannaturale, il linguaggio articolato –.

La contrapposizione dei vari formanti mi ha fatto constatare che anche in un paese di diritto legislativo e dunque scritto il diritto non si trova tutto nella legge scritta. Altri elementi (non scritti) sono anch'essi fonte concorrente di diritto. Parte del diritto è dunque latente (io parlo a questo proposito di crittotipi). Negli ultimi dieci anni ho sviluppato ampiamente questa conclusione. È sopravvissuta nell'epoca contemporanea la tecnica giuridica senza linguaggio, che operava quando i nostri

⁴ Cfr. Intervista a Rodolfo Sacco di P. CENDON (a cura di), in *Cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992.

⁵ Le si veda al sito: <http://www.jus.unitn.it/faculty/guida/tesi.html>.

⁶ G.P. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *The American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 683.

⁷ H. MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 503.

antenati non possedevano il linguaggio articolato (la consuetudine è appunto una fonte che non adopera la lingua, e ha un campo d'azione molto superiore a quello che si crede). L'interpretazione, per parte sua, mobilita una serie di fattori non scritti, e li rende attivi nell'applicazione della legge o delle altre fonti che usano la parola (precedente giurisprudenziale e insegnamento dottorale).

L'incontro in particolare con l'Africa, gli fa vestire i panni dell'antropologo giurista e, precorrendo i tempi – in un periodo in cui fra i giuristi italiani Bronislaw Malinowski era certamente ancora poco noto – Rodolfo Sacco diviene “osservatore partecipe”, scoprendo l'esistenza di un diritto senza legislatore, senza giurista, senza Stato e senza potere centralizzato⁸. Il diritto praticato in Africa non è, o non è solo, il diritto insegnato all'Università, scritto nei codici o applicato dalle Corti formali di giustizia: è anche – e soprattutto – un diritto invisibile agli occhi del giurista occidentale, poco disposto a far rientrare nell'ambito del giuridico ciò che non corrisponde alla sua idea di giuridicità. Come sempre capace di trovare la “chiave di casa” nei luoghi carenti di illuminazione, Rodolfo Sacco si cala dunque in un mondo ancora sconosciuto al giurista “di casa sua” e porta alla luce regole giuridiche non scritte e, a volte, neppure esplicitate. Scopre così l'esistenza di un diritto stratificato, laddove più registri giuridici si applicano all'interno di uno stesso contesto spazio-temporale, alcuni dei quali visibili e altri non visibili agli occhi di chi limita i confini del giuridico al piano formale. Comprende anche che un diritto sfuggente e inconscio esiste al di là del linguaggio: è il diritto “il cui rispetto è garantito da un gioco di ghiandole e ormoni, un diritto che Sacco definisce muto perché formato da regole non verbalizzate ma direttamente attuate in presenza di certi stimoli”⁹.

Così, mentre interroga il diritto nella sua macrostoria¹⁰, riguardando se stesso e il proprio sistema con le nuove lenti teoretiche ormai acqui-

⁸ Su cui poi si veda il suo *Le Grandi epoche del diritto*, Torino, 1996.

⁹ Così A. GIANOLA, *Evoluzione e diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 1997, p. 413 ss., nota 9. Per approfondimenti si veda R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

¹⁰ R. SACCO, *Per una macrostoria del diritto*, in *Rivista di storia economica*, 3, 2011, p. 393.

site, Rodolfo Sacco ci rende consapevoli del fatto che le dinamiche giuridiche dell'altro sono anche le nostre: il diritto informale e il diritto muto sono ancora parte pure della nostra realtà giuridica. Seguendo un'impostazione di analisi lontana dalla *positional superiority* condannata da Edward Said, coerente invece con quella *comparative consciousness* di cui ci parla Laura Nader¹¹ o con la pratica di "dialogo dialogico" con l'altro consigliata da Raimon Panikkar¹², Sacco mette tutti i sistemi sullo stesso piano ed esplora a 360 gradi il panorama giuridico, realizzando l'aspirazione dei realisti statunitensi, come Herman Oliphant, di uscire dalle biblioteche per studiare un diritto che in fondo "è ampio quanto la vita stessa", secondo il punto di vista di Karl Llewellyn¹³.

Sacco rappresenta, dunque, in grande misura, il passato e il presente della comparazione. Egli ci offre però anche un'importante lezione per il futuro. In tempi di alta conflittualità, in un momento storico in cui per la prima volta da tanto tempo a questa parte le grandi potenze globali sono tutte pericolosamente coinvolte, il suo sembra essere un messaggio di possibile incontro fra diversi. Il mondo multipolare, che un giorno forse vedremo realizzato, potrà essere pacificamente mantenuto in vita se, così come la teoria sacchiana della dissociazione dei formanti ci ha insegnato, saremo capaci di guardare oltre il lampione, dove la luce non c'è, per trovare i tanti punti di incontro nascosti sotto la superficie delle assai visibili ragioni di scontro.

¹¹ Cfr. fra gli altri L. NADER, *A Comparative Consciousness*, September 10, 2019, disponibile al link: <https://culanth.org/fieldsights/a-comparative-consciousness>.

¹² Cfr. <https://www.raimon-panikkar.org/english/gloss-dialogical.html>.

¹³ Si confronti quanto riportato da W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londra, 1973, p. 571.

5. Appendice: il citato manoscritto di Rodolfo Sacco

alla scienza giuridica ~~una~~ e strumenti epistemologici adeguati, da contrapporre al metodo dogmatico.

La mia preparazione come storico e la mia ~~preparazione~~ padronanza delle lingue (a 24 anni tenere conferenze a Roma in tedesco, a 26 anni tradurre dal nuovo Testamento, ~~era~~ la ~~mia~~ grande opera nella provincia socialista dello Stato) mi aiutarono a praticare tecniche comparatistiche.

Ben presto, il mio legame con il mio maestro divenne poco visibile ma qualcuno era rimasto della sua impostazione mi era rimasta nel mio metodo. Egli studiava il diritto distinguendo i dati giuridici ("similia similibus") dai suoi correlati sociali, ambientali, politici ecc. ecc. Anche io ho sempre tenuto distinti i dati appartenenti a piani diversi. Ciò mi ha poi permesso di essere isolare con chiarezza, qualche decennio più tardi, le regole giuridiche dei fasci socialisti ~~rispetto~~ contrapposte dalla scelta socialista, e quelle cui ~~rimane~~ resta solo per declamazione una giustificazione socialista.

In breve: molto giovane, avevo avuto occasione di frequentare studiosi di vari paesi (Piero Davigo, Egger) e analizzare in cosa consistesse ~~la~~ le differenze fra i loro modi di ~~porre~~ ragionare in materia giuridica; avevo studiato qualche tema in modo comparativo; avevo acquisito la certezza che la comparazione ha un posto privilegiato fra gli strumenti che ci consentono una conoscenza critica del diritto.

Nel 1955 vincai un concorso di cattedra ^{se veniv nominati professore a Trieste} (da ^{stato} qualche anno ero già professore incaricato di diritto privato comparato a Torino). In quel tempo era uscito il libro di Gola sul contratto. Cercai Gola, entrai in contatto con lui, e considerai ~~poi sempre~~ il mio nuovo maestro. L'opera di Gola dimostrava anche ~~la~~ la regola inglese e quella ~~francese~~ ^{francese}, o chiariva ~~in~~ in diritto cosa occorre perché una promessa sia vincolante in diritto inglese e in diritto francese. La lettura della sua opera mi confermava la mia tesi sulla dissociazione dei formanti: le regole

Resi note le mie impressioni con una recensione (Apparsa in RDC, 1972, I, 172), che finisce a R. Schlesinger.

Intanto le circostanze sono volute che mi recai con un certo ritmo nei paesi socialisti (Cecoslovacchia, Bulgaria, Polonia, dal 1964 al 1975) e africani (Somalia, Etiopia, dal 1970 al 1980). Il diritto dei paesi socialisti mi consentì di sviluppare maggiormente, in alcune direzioni, la mia idea sulla disseminazione di fermenti. I giuristi di quell'area stigmatizzavano ^{con durezza} le mie affermazioni (si veda la relazione generale di Szabo sul tema *Buts et méthodes de la comparaison* nell'VIII Congresso dell'Accademia internazionale di D.C., Teheran 1974), ma io alcuni di essi mi invitavano a tenere conferenze (si veda la pubblicazione di un mio articolo in *Pravnik*, Praga, 1966).

L'Italia è un paese dove si concentra in due modelli legge legislativa francese e un modello dottrinale tedesco. Questa prima constatazione mi spinse ad osservare tutti i fenomeni di circolazione e imitazione dei modelli giuridici alla mia portata. A poco a poco ho accertato che l'immersione giuridica è rara, e che i cambiamenti giuridici sono dovuti per lo più ad imitazioni e circolazioni. Le fonti italiane sulla circolazione dei modelli francesi hanno sorpreso gli italiani. Gli studi sulla circolazione mi fecero constatare che essa opera spesso in modo diverso per i diversi fermenti.

Rimersione giuridica, anche se rara, può cambiare in un modo così profondo la natura di i connotati di un sistema (ci connotati non possono più circolare fuori dell'area originaria). Negli ultimi anni ho preso a sottolineare come il diritto sia stato rivoluzionato da innovazioni di importanza primordiale — incominciando dall'ultimo periodo di tempo: il legislatore onnipotente, il giurista, il lo Stato e il potere centralizzato, il soprannaturale, il cinoprologio aristocratico.

La contrapposizione dei vari fermenti mi ha fatto constatare

che anche in un paese di diritto legislativo e dunque scritto il diritto non si trova tutta nella legge scritta. Altri elementi (non scritti) sono anch'essi fonti concorrenti di diritto. Parte del diritto è dunque latente (so farlo, a queste proposte, di esemplari). Negli ultimi dieci anni ho sviluppato ampiamente questa conclusione. È sopravvenuta ^{nell'epoca} ~~in tempi~~ contemporanea un la tecnica giuridica senza linguaggio, che ~~non~~ opera quando i sostituenti non possiedono il linguaggio articolato (così la consuetudine è appunto una fonte che non adopera la lingua, e ha un campo d'azione molto superiore a quelle che ~~non~~ si crede). L'interpretazione, per parte sua, mobilita una serie di fattori non scritti, e li rende attivi nell'applicazione della legge e delle altre fonti che usano la parola (precedente giurisprudenziale e insegnamento dottrinale).

La presenza di fonti non scritte, che condizionano il significato delle leggi, delle sentenze e dell'insieme delle proposizioni teoretiche, implica che elementi non scritti condizionano il significato delle parole. Questo dato è deve essere messo alla base di ogni teoria sui rapporti fra lingua e diritto. Per dare una ~~vera~~ ^{vera} abilità pratica alle mie ricerche in questo campo, ho trattato il tema della traduzione giuridica. L'ho proposto come tema per il XII congresso internazionale dell'Accademia di diritto comparato (Hobart Sidney, 1936), e fino ad oggi ho continuato ad approfondirlo.

UN PARTIGIANO A TRENTO

Ugo Mattei

Da Rodolfo Sacco ero andato a chiedere la tesi in terza battuta, nei primi mesi del 1982. Per primo avevo chiesto a Franco Pizzetti, dal quale mi ero recato, con le idee chiarissime, deciso a farmene dare una di diritto costituzionale, cui tenevo molto. Volevo farla sugli statuti dei partiti politici come fonte di produzione del diritto. Ero appassionato di politica, e mi pareva chiaro che, con la privatizzazione delle istituzioni costituzionali, anche nota in quegli anni come partitocrazia, gli statuti dei partiti, attesi o disattesi che fossero, dovevano avere un ruolo primario nel diritto costituzionale *in action*. Pizzetti mi disse che quello non era un tema giuridico e che comunque seguire un ragazzo che poneva la carriera accademica come obiettivo primario era “una iattura” da cui lui sarebbe stato alla larga. Un po’ demoralizzato, bussai alla porta di Enrico di Robilant, che mi aveva affascinato in seminari su Rawls, Dworkin e Nozick, senza tuttavia miglior fortuna. Con signorile cortesia, mi disse che sapeva benissimo che sognavo di fare l’accademico e che perciò, nella temperie culturale accademica italiana a cavallo fra gli anni Settanta e i primissimi anni Ottanta, sarebbe stato un grave errore contare su di lui come maestro: troppo di destra in tempi di egemonia dei baroni rossi (numerosi a Torino) e dunque emarginato dai giochi accademici in un settore assai politicizzato!

Mi recai allora da Sacco, il cui seminario di diritto privato comparato avevo frequentato (trovandolo troppo tecnico per i miei gusti), ma che sapevo essere gran studioso delle fonti del diritto. Sapevo, da mia madre che lo frequentava nel primo dopoguerra all’Università di Torino, esser stato capo partigiano assai eroico quando aveva la mia età (Sacco nel ’43 aveva vent’anni!). Mi accolse con grande affabilità, quasi come già sapesse benissimo che sarei arrivato da lui e a che scopo (nel foglietto di inizio seminario dove lui chiedeva che cosa ciascuno di noi avrebbe voluto diventare da grande, avevo scritto: professore di

Diritto Civile). Iniziammo a chiacchierare: gli raccontai di Pizzetti e Robilant. Lui mi chiese se ero di destra o di sinistra, gli risposi di sinistra. Mi chiese testuale “Sta coi ladri (PSI), con gli assassini (PCI)?” Gli dissi, e la risposta gli piacque, che non ero mai stato un iscritto, perché non credevo alla politica di partito. Tuttavia, nello stesso istante, capii che con lui delle mie idee politiche non avrei parlato più. Andammo avanti nella conversazione; mi raccontò di quelli che “avevano fatto la resistenza in *pantufle*” (riferendosi a due celebratissimi maestri torinesi, che non menzionerò per carità di Patria); mi raccontò del suo rapporto con Paolo Greco, che invece la resistenza l’aveva fatta per davvero. Mi parlò anche di un proprio progetto avveniristico di riforma elettorale, per cui ogni eletto avrebbe dovuto disporre di un numero di voti parlamentari esattamente corrispondenti alle preferenze ottenute...

Anche Sacco mi negò la tesi, ma mi dirottò da Antonio Gambaro, che a Torino era appena arrivato, fresco di cattedra, e col quale, secondo Rodolfo, mi sarei trovato bene. Cosa in effetti successa; al quarto tentativo, ottenni la tesi e scoperto chi sarebbe diventato il mio Maestro!

Solo quarant’anni dopo sono riuscito a mettere a fuoco questi nessi. Ho così capito che Rodolfo Sacco, sebbene all’apparenza avesse completamente rifiutato la politica (almeno quella di partito), in realtà era sempre rimasto un capo partigiano. Ho riletto, in preparazione del mio volume su “dissenso e resistenza nella società del controllo”¹, il Partigiano Johnny di Fenoglio. In quelle straordinarie pagine emergeva tutta la rivalità, anzi il feroce antagonismo, fra partigiani indipendenti (come Rodolfo, nel pinerolese), diversi dei quali monarchici (forse lo stesso Rodolfo aveva votato Monarchia al referendum), e garibaldini comunisti, che soltanto la mediazione politica al più alto livello (il CLN) era riuscita a canalizzare contro un nemico unico. La mia convinzione è che Rodolfo Sacco avesse trasposto mentalità, coraggio e partigianeria, sviluppate sulle montagne contro i nazifascisti, in un nuovo agone: quello accademico.

Sono stato vicinissimo a Rodolfo anche nella cosiddetta politica accademica, per una decina d’anni, dopo la cattedra che avevo ottenuto a

¹ U. MATTEI, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, Milano, 2022.

Trento nel 1990. Per tutto il periodo trentino sono divenuto così un irruento partigiano della brigata Rodolfo Sacco. Il mandato, ai miei occhi, fin dal 1985 quando iniziai l'insegnamento a contratto del diritto civile, era chiarissimo. Esisteva un disegno culturale, alto e innovativo, quello di dimostrare al mondo che il diritto comparato, lungi dall'essere la ciliegina su una torta municipale, poteva, anzi doveva, costituire la struttura portante fondamentale dell'insegnamento giuridico, in quell'ultima parte del ventesimo secolo. Esisteva un grande intellettuale di caratura internazionale, Rodolfo Sacco appunto, che da Torino aveva colto l'occasione di Trento come una tabula rasa lockeiana, uno spazio libero da incrostazioni stantie (quali quelle che parevano irrimediabili in una facoltà giuridica grande come quella torinese), per sperimentare una nuova frontiera del sapere e dell'insegnamento giuridico attraverso la sua 'Scuola'. Esistevano poi altre forze, rappresentate da Scuole tanto blasonate, quanto per noi culturalmente arretrate, ancora legate alla dogmatica di matrice tedesca o ad altre visioni parimenti asfittiche e burocratiche, che avrebbero fatto di tutto per impedire la vera rivoluzione copernicana che lo strutturalismo sacchiano proponeva. In fondo Trento, come ogni piccola università nuova, era all'epoca una colonia contesa fra diverse madri patrie, una delle quali, la nostra, cercava di innovare davvero e di emancipare la nuova Facoltà dalle impronte culturalmente più arretrate delle grandi facoltà di Giurisprudenza.

Nel 1987/88, durante un lungo periodo a Berkeley, avevo scritto il 'secondo libro', quello che mi portò in cattedra. Era una ricerca sistematica su *stare decisis* nel sistema statunitense². In quel volume, mi ero a lungo trattenuto sulla rivoluzione accademica di Harvard nel 1870, quando Christopher Columbus Langdell inventò la grande tradizione della *law school* statunitense, superando il modello inglese degli avvocati imprestati all'insegnamento³. Per Langdell i professori dovevano iniziare giovanissimi e soprattutto dedicarsi soltanto all'accademia. Era la stessa filosofia che Rodolfo Sacco prescriveva alle sue truppe. Da Torino bisognava trasferirsi a Trento e non bisognava fare gli avvocati. E noi, più o meno, ubbidimmo: Pigi Monateri, Michele Gra-

² U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.

³ G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1986.

ziadei, Elisabetta Grande, Gianmaria Ajani, Paolo Gallo, Angelo Chianale e il sottoscritto. Lì incontrammo altri giovani partigiani provenienti dall'est, Marco Guadagni, Gianantonio Benacchio e Mauro Bussani. Ciascuno di noi, con la propria personalità, più o meno barricadera, cercò di adempiere a quel mandato: far camminare la ricerca di base comparatistica e insegnare anche il diritto municipale (che noi chiamavamo parrocchiale).

A contenderci l'egemonia su Trento ci furono principalmente scuole padovane e bolognesi. Alcuni erano miliziani mono-linguistici e mono-giuridici. Altri professavano interesse e rispetto per la comparazione, ma noi ritenevamo che facessero in realtà del *greenwashing*. Ci avvicinavamo alla 'fine della storia' e la globalizzazione stava diventando un *buzz word* di cui tutti cominciavano a riempirsi la bocca. Ovviamente, se per un verso la globalizzazione spingeva per la demunicipalizzazione dell'insegnamento giuridico, per un altro essa era nemica della comparazione, perché narrava un mondo senza diversità⁴.

Comunque, in poco tempo a Trento perdemmo sul fronte dell'esperienza di costruzione di una Facoltà giuridica strutturalista. È vero, discutemmo delle tesi di Trento e partirono di lì progetti importanti e longevi, come il *Common Core*, lanciato dal sottoscritto affiancato da Bussani, e il *Cardozo Electronic Law Bulletin*, prima rivista giuridica *online*, ideata da Monateri, ma intanto i professori ordinari che via via arrivavano spostavano le proprie cattedre di prima fascia dalla materia comparatistica a quella municipale, perché credevano nel prestigio dell'etichetta classica...

Certo non fu quella l'unica ragione della sconfitta metodologica, la quale tuttavia si trasformò in una vittoria sul piano egemonico. Infatti, erano gli anni dell'Atto Unico Europeo (1986) che aprì la strada a un processo di europeizzazione del diritto, e dell'insegnamento giuridico (col sistema dei crediti), che oggi sappiamo quanto sia stato pernicioso per ogni senso critico. Alle prime riunioni del *network* Erasmus Accademia (che prese il nome dall'albergo trentino in cui accogliemmo gli ospiti e che fu uno dei primi Erasmus giuridici d'Europa), solo gli in-

⁴ Si veda R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., Padova, 2019 nonché U. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schlesinger's Comparative Law*, 7th ed., New York, 2010.

glesì e gli olandesi si preoccupavano degli aspetti economici degli scambi. Noi italiani, insieme a spagnoli, francesi e financo tedeschi, non capivamo neppure davvero perché fosse così importante chi dovesse pagare le *fees* degli studenti, visto che i sistemi erano pubblici... Oggi, dopo la riforma di Bologna, le Università, anche pubbliche, sono aziendalizzate completamente e tutte le amministrazioni, cresciute enormemente di potere rispetto al personale docente, vogliono si parli soprattutto di soldi.

Ovviamente, questa involuzione non era resistibile solamente tramite la partigianeria accademica, perché non solo l'Università ma anche la società italiana stava cambiando profondamente, sicché le battaglie culturali di trincea da sole non bastavano per nulla, soprattutto perché argomentare contro il pensiero unico diventava sempre più difficile. Sarebbe servita una presa di posizione *politica* da parte del ceto dei giuristi, la cui stessa possibilità era tuttavia resa estremamente costosa dalla *damnatio memoriae* degli anni Settanta⁵. In ogni caso, e per motivazioni certo diverse, alcuni fra noi persero progressivamente la fede nello strutturalismo delle tesi di Trento, percorrendo inquieti nuove strade; altri perseguirono cammini nell'alta amministrazione accademica, successi professionali o riconoscimenti simbolici; diversi sono rimasti custodi di un'ortodossia sacchiana, egemone nel piccolo mondo della comparazione, ma progressivamente meno feconda, ormai acritica o relegata al piano declamatorio.

Sempre a Trento, nel 1993 l'incontro fra strutturalismo (Sacco) e funzionalismo (Schlesinger), produsse il *Common Core of European Private Law*, che ad oggi esiste come il più antico e prolifico progetto europeo di diritto comparato. Col tempo, il progetto cercò di adattarsi a una visione del diritto meno depoliticizzata, riuscendo così a mantenersi al passo con le trasformazioni di un'Europa stravolta dalle annessioni a Est e dalla progressiva sottomissione, sempre meno critica, all'espansionismo anglo-americano del post-Guerra Fredda. Questa trasformazione, tuttavia, è avvenuta altrove, perché il *Common Core*, non più sostenuto da Trento, ha dovuto peregrinare, mantenuto finché possibile

⁵ Si veda L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2007.

da un'istituzione mendicante come lo IUC di Torino e dal 2024 dovrà stabilmente emigrare a Stoccolma: il primo progetto accademico italiano migrante economico!

Riflettere sul lascito del partigiano Sacco a Trento deve perciò fare i conti sull'impatto di trent'anni di neoliberalismo sulla cultura accademica. Infatti, mentre nella seconda metà degli anni Ottanta, lo strutturalismo, con la sua visione genotipica del diritto, costituiva un apporto radicalmente sovversivo di una cultura giuridica italiana parrocchiale, formalista e burocratica, il suo elemento depoliticizzante, perfino più marcato rispetto a quello del funzionalismo di matrice realista Statunitense, lo ha reso coerente con l'ideologia, a sua volta depoliticizzante della 'fine della storia'. Ecco quindi che la comparazione giuridica da elemento sovversivo⁶ si è trasformata in una ideologia legittimante le nuove tendenze globali del capitalismo atlantista, di cui l'edificio europeo, dall'Atto unico in avanti, è divenuta l'epifania più colonizzata⁷.

La cosiddetta globalizzazione del diritto, celebrata da studiosi del calibro di Maria Rosaria Ferrarese⁸ (a sua volta per diversi anni professore a Trento) e da Sabino Cassese⁹, cela, dietro una patina ideologica di progresso rispetto al parrocchialismo accademico contro cui Sacco e i suoi partigiani trentini avevano cercato di resistere, un spessa e acritica agenda atlantista.

Come sovente avviene, sono gli alleati, forse naturali in un determinato momento, a finir per addomesticare la critica, sicché diversi comparatisti, rimasti strutturalisti ortodossi, si sono avventurati nella direzione di misurazioni improbabili o di nuove c.d. frontiere della ricerca. Fra queste, la traduttologia, o una certa antropologia, cui il Maestro teneva moltissimo ma che, spentasi la fiammella della critica 'scomoda' (quella che non riceve i fondi Europei), rischiano di divenire, a loro volta, pura ideologia. La globalizzazione, che appariva un alleato dei

⁶ Vedi H. MUIR WATT, *La funzione sovversiva del diritto comparato*, San Cesario di Lecce, 2006.

⁷ Vedi E. GRANDE, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

⁸ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁹ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

comparatisti strutturalisti, sdoganandone alcuni lavori fuori dal giardino specialistico, in realtà ne ha corroso l'anima critica. La celebrazione a prescindere di pseudo-aperture culturali e pseudo metodologie interdisciplinari (in particolare la *Law and Economics*), cavalli di Troia della nuova fase dello "spettacolare integrato"¹⁰, oggi conclamatosi col capitalismo della sorveglianza, dimostra l'assoluta *naïveté* e provincialismo di tanti giuristi italiani che si sentono globali.

Dovrebbe apparir chiaro a qualsiasi mente minimamente critica che l'accademia del sistema Bologna (infrastruttura del programma Erasmus, con cui l'Unione europea fidelizza i figli delle proprie borghesie); dei grandi e prestigiosi finanziamenti europei a modello ERC; dei PRIN a capitale concentrato nelle mani di poche "eccellenze"; del precariato camuffato da meritocrazia; delle promozioni semiautomatiche legate a quanti fondi il giovane studioso ha attratto o si forma per attrarre; dei progetti di ricerca sempre più tecnocratici o critici solamente nei limiti del *politically correct*, non costituisce un passo avanti rispetto al burocratismo formalista contro cui eravamo insorti con le armi della critica dello strutturalismo comparatistico. Al contrario, questa trasformazione è forse da considerarsi una beffarda eterogenesi dei fini per il partigiano Rodolfo e le sue truppe accademiche, se il suo magistero fondamentale era, come voleva essere, il coraggio della critica continua, sempre pronta allo scontro. In realtà il tecno-burocratismo formalista è oggi la cifra del diritto globale dominante, quello insegnato nelle Facoltà giuridiche di "eccellenza", cui Trento e Torino naturalmente appartengono, in virtù della convergenza fra strutturalismo apolitico e trionfo dell'atlantismo in salsa europea, nella formazione del nuovo ceto accademico. Avessero almeno sconfitto il nepotismo italiota!

A spegnersi in questo nuovo contesto sembra essere proprio la fiammella della critica dissacrante e irriverente, dello sberleffo per i parrucconi, tronfi per le insulse autocelebrazioni prive di substrato culturale, ma fondate unicamente su relazioni di potere servili e corruttive, contro cui Rodolfo ci aveva insegnato a ribellarci, pur restandone a tratti sedotto.

¹⁰ G. DEBORD, *Commentari sulla società dello spettacolo*, Milano, 2012.

La depoliticizzazione, piuttosto che la critica, sembra essere rimasta del messaggio strutturalista che Sacco aveva portato avanti, fino a far divenire egemone, ibridizzatosi col globalismo, non solo a Trento, ma nell'intera comparatistica italiana. Come sovente avviene, raggiunta l'egemonia, la critica è incapace di rivolgersi verso se stessa, finendo per produrre l'inevitabile declino di ogni paradigma che non si sforza di rinnovarsi interamente, ma confonde il rinnovamento con l'espansionismo dei campi cui il vecchio metodo prova ad applicarsi. È successo all'eggesi francese, alla dogmatica tedesca, al realismo giuridico e alla *law & economics*. Non poteva che succedere anche allo strutturalismo comparatistico, divenuto *mainstream* nelle mani di una nuova generazione di cattedratici, tecnocrati della comparazione giuridica sempre più autoreferenziale.

Mio padre mi aveva insegnato a parlare dei defunti "come vivi", cosa che ho fatto qui, per non cadere preda di quel sentimentalismo che mal si adatta ad analizzare il pensiero di un amico e Maestro che ho davvero amato, uomo straordinario, tanto nella propria umanità quanto nel proprio cinismo. Rodolfo Sacco ha saputo operare da Maestro partigiano, in piena e diretta attività scientifica, in posizione recessiva nei trent'anni precedenti la caduta del Muro di Berlino e nei vent'anni successivi, grazie alla sua straordinaria e duratura energia, in posizione dominante. Nella transizione fra queste due fasi si è consumata l'esperienza trentina, dopo la quale ciascuno ha scelto da che parte stare. Sacco è stato un partigiano 'contro' per gran parte della sua lunga vita. Quello è il lascito che mi interessa coltivare, pur senza troppe speranze per le sorti della critica in un mondo accademico piatto.

CAPITOLO SECONDO
MAURO CAPPELLETTI

RICORDANDO IL GRANDE TRENINO
“EMIGRATO NEL DIRITTO COMPARATO”¹

Nicolò Trocker

1. La figura del Maestro nel ritratto di alcune grandi personalità della cultura giuridica

È con vivo piacere, ma anche con un profondo sentimento personale di gratitudine per il Maestro, che qui a Trento, nell’ambito di un Convegno di respiro internazionale su “metodi e sfide nel diritto comparato”, prendo la parola per ricordare la persona, l’opera e il lascito di Mauro Cappelletti: il grande Trentino “emigrato nel diritto comparato”.

Per illustrare la Sua straordinaria figura anche a coloro che meno lo hanno conosciuto o meno hanno avuto occasione di avvicinarsi alla Sua complessa e multiforme opera, voglio proporre, in questa parte introduttiva, il ritratto che di Lui offrono alcune grandi personalità del mondo della cultura giuridica.

1.1. “One of the precious few”

Incomincio con la presentazione di Sir Jack Jacob al volume *The Judicial Process in Comparative Perspective* pubblicato a Oxford nel 1988, in cui sono raccolti gli scritti sui grandi temi e sulle grandi sfide di una moderna giustizia ordinati, rielaborati e redatti da Cappelletti nel periodo in cui, su invito dell’Università di Cambridge, ricopriva la pre-

¹ L’espressione è tratta dal titolo dello scritto del Maestro *Le terroir et l’univers. Réflexions d’un originaire du Trentin émigré dans le droit comparé*, apparso solo in lingua francese nel volume *Le pouvoir des juges*, Aix-Marseille-Paris, 1990, che raccoglie una serie dei Suoi saggi, scelti e tradotti da René David. Nella prefazione al volume Louis Favoreu presenta Cappelletti ai lettori francesi come “le juriste européen qui a assimilé l’apport américain et la synthèse des deux cultures donne une vision originale et enrichissante du droit comparé”.

stigiosa posizione di “Arthur Goodhart Visiting Professor of Legal Science”:

In ogni generazione di studiosi, solo pochi emergono sugli altri nelle diverse aree del sapere. Sono quei pochi che sovrastano i loro pari per impegno e lucidità, per inventiva e fantasia, per senso critico e capacità di guida e di indirizzo. La loro opera arricchisce il ramo della scienza cui si rivolgono, e ne esalta significato e influenza. A essi con ragione tutti guardano con considerazione e stima superiori.

“In our age, one of those precious few in the field of comparative civil procedural law and evidence and constitutional law is Mauro Cappelletti”.

Cappelletti nel 1988 ha compiuto da poco 60 anni, è una figura carismatica all’apice di una prestigiosa carriera e di una vita di studio straordinaria; gode di enorme stima da parte dei colleghi della comunità scientifica internazionale; con la sua visione ha promosso un movimento di idee in una prospettiva mondiale e con la sua opera ha sollecitato riforme in numerosi Paesi. I risultati del monumentale “Florence Access to Justice Project” già da qualche anno sono raccolti in sei corposi volumi in inglese, di cui alcuni hanno visto anche la traduzione in francese, spagnolo, portoghese, e giapponese. Si sta completando la pubblicazione dei lavori (in sette tomi) dell’altra grande impresa dedicata alla tematica dell’“Integration through law. Europe and the American Federal Experience”. È l’uomo che le tribune di molti incontri internazionali hanno avuto come relatore appassionato e anticipatore originale di problemi; è l’uomo che ha ricevuto lauree *honoris causa* e altre onorificenze da molte Università, è Membro dell’Accademia dei Lincei, della *British Academy*, dell’*Institut de France* e della *Royal Academy* del Belgio.

Pochi anni dopo verrà colpito da una terribile malattia, un destino crudele che lo isola dal mondo e che, cinicamente, priva noi del Suo appassionato Magistero.

1.2. “A successful academic entrepreneur”

Bryant Garth, allievo e per anni collaboratore di Cappelletti nell’ambito del progetto “Access to Justice” – prima all’Università di Firenze e poi all’Istituto Universitario Europeo, e oggi tornato a dirigere l’*American Bar Foundation* – in uno dei suoi contributi in memoria del Maestro ci offre l’immagine di Cappelletti “successful academic entrepreneur”. In tal modo ha voluto mettere in evidenza la straordinaria capacità organizzativa e manageriale del Maestro, la Sua abilità ad attrarre l’attenzione di influenti Fondazioni culturali e reperire, attraverso il loro supporto, le risorse finanziarie per la gestione di ambiziose ricerche.

Giunto a Firenze nel 1963, a 36 anni, dopo il periodo accademico a Macerata, nel giro di poco tempo Cappelletti crea l’*Istituto di diritto comparato* e poi il *Centro di studi di diritto processuale comparato*, strutture tra via Laura 48, sede della Facoltà di Giurisprudenza e via Laura 60, organizzate secondo criteri di razionalità aziendale con bibliotecario, segretarie efficientissime, spazi per i suoi allievi e per giovani studiosi attratti dalla Sua fama e dal tipo di studi che Egli stava conducendo e, ancor prima, luogo di incontro e di soggiorno di grandi personalità del mondo culturale internazionale coinvolti nell’ Access to Justice Project e, nel caso degli studiosi dei paesi socialisti, impegnati nel lavoro dell’ *International Encyclopedia of Comparative Law*.

Sempre pronto a nuove sfide e a più impegnativi compiti, nel 1976 Cappelletti diventa il primo responsabile del neo-avviato Istituto Universitario Europeo, a San Domenico di Fiesole. Formerà un gruppo di valorosi allievi (tra cui Joseph Weiler, uno dei futuri più autorevoli interpreti del diritto europeo) e, da brillante organizzatore, trasformerà una struttura che nella fase di avvio fatica a trovare una propria visibilità e una propria identità, in un centro di grande vitalità che con la propria attività di istruzione e, più ancora, con la propria attività di ricerca contribuirà allo sviluppo del patrimonio culturale e scientifico europeo.

Nella Sua qualità di “successful academic entrepreneur”, Cappelletti sa rendersi interprete di “trends and finding products and ideas that fit and help shape the emerging needs and challenges” (sono ancora parole di Bryant). E così, sin dalle sue fasi iniziali, segue con attenzione l’evolversi di quella straordinaria vicenda storica e culturale costituita

dalla formazione del ‘nuovo’ diritto europeo. Per verificarne le potenzialità di sviluppo nel 1977, alla Badia Fiesolana, riunisce il Gotha della cultura giuridica europea, da Otto Kahn-Freund a Helmut Coing, da Gino Gorla a Tony Jolowicz, da René David a Rodolfo Sacco, da Ole Lando a Jean Riverò a Thjimen Koopmans e, dall’altra sponda dell’Atlantico, chiama personalità come Martin Shapiro, Guido Calabresi, John Henry Merryman. Coordinerà le loro riflessioni, voci di una complessa e articolata molteplicità, nel prezioso volume *New Perspectives for a Common Law of Europe - Nouvelles Perspectives d’un Droit Commun de l’Europe* (1978). È il preludio della nuova impresa, già ricordata, dedicata alla complessa tematica dell’“Integration Through Law. Europe and the Federal American Experience” alla quale parteciperanno studiosi di diritto, politologi, sociologi ed economisti di tutto il mondo. Con la progressiva espansione dell’intervento delle istituzioni comunitarie su nuovi e importanti settori, il grandioso disegno progettuale estenderà, via via, le proprie indagini ben oltre i profili istituzionali e delle classiche libertà dei Trattati istitutivi per coprire aree come “Consumer Law”, “Environmental Protection”, “Business Enterprise” e “Energy Markets”. Oggi, l’Istituto Universitario Europeo onora il lascito del “Great scholar” con il “Mauro Cappelletti Prize”.

1.3. “Personaggio immerso nelle grandi correnti politiche del proprio tempo”

Il ritratto di Cappelletti si arricchisce con le parole di Vittorio Denti che, commentando gli scritti raccolti nel volume *Giustizia e società* del 1972, ci ricorda che Cappelletti è anche “personaggio immerso nelle grandi correnti politiche del proprio tempo”; è “uomo di parte” nel senso più nobile della parola, “teso a realizzare il modello di società che corrisponde alle proprie scelte interiori”. Era naturale quindi che non rimanesse spettatore passivo nella breve ma significativa stagione del riformismo italiano degli anni Settanta e partecipasse in modo attivo e con proposte concrete, tradotte anche in disegni di legge, al progetto di rinnovamento della giustizia civile del nostro Paese. In veste di consulente del Ministero del Lavoro, Egli contribuisce alla elaborazione della legge di riforma del processo del lavoro e ne sostiene in modo rigoroso

anche le scelte più politiche, come l’art. 429, comma III, sulla rivalutazione dei crediti di lavoro che sarà oggetto di ripetuti attacchi e denunce di incostituzionalità, ma che la Corte costituzionale difenderà anche quando muta il quadro delle forti tendenze inflazionistiche e di un tasso legale non significativo presenti al momento dell’introduzione dell’istituto, mettendo in rilievo, per l’autorevole voce di Luigi Mengoni, in una famosa pronuncia (la n. 207 del 1994) che “alla disposizione è sotteso un bilanciamento tra la razionalità economica e i valori personali evocati dall’art. 36 della Costituzione” e che, nella soluzione concretamente adottata, “i valori personali hanno la meglio sulle ragioni dell’economia”.

Cappelletti, “uomo immerso nelle grandi correnti politiche del proprio tempo”, sceglie come sede di pubblicazione del suo primo scritto sul tema *La giustizia dei poveri* del 1968, l’*Astrolabio*, la Rivista di Ferruccio Parri ed Ernesto Rossi. Una Rivista in quel periodo frequentata anche da magistrati impegnati che, per usare parole di Natalino Irti,

sfruttando le risorse normative della Costituzione repubblicana attraverso le potenzialità dell’art. 700 del codice di rito, diventano artefici di una rivoluzione legale che provvede a tutelare l’individuo nella particolarità e concretezza della sua esistenza.

1.4. “Guida e fonte di ispirazione per i processualisti del mondo”

Vengo infine a Peter Gottwald e al ritratto che ci ha offerto, nella veste di Presidente dell’*International Association of Procedural Law*, nel 2011, in occasione della presentazione, a Heidelberg, dei lavori del XIV Congresso mondiale dell’Association sul tema “Procedural Justice in a Globalized World”: Cappelletti con i suoi progetti, i suoi lavori, la sua visione “hat viel bewegt und die Prozessualisten der Welt nachhaltig beflügelt”. Trovo queste espressioni quanto mai felici anche perché mettono in risalto il grande lascito del Maestro.

Mi soffermo un attimo sul “hat nachhaltig beflügelt”. Con il verbo *beflügeln* si fa riferimento “a chi ispira, a chi motiva, a chi incoraggia a uscire dal recinto rassicurante del proprio orticello, a chi sa mettere le ali ad altri”. *Nachhaltig*, aggiunge Gottwald, e la parola, ci spiega il *Duden*, significa “sich auf längere Zeit stark auswirkend”, mentre in

inglese evoca espressioni come “in a lasting and enduring way, strongly, deeply, effectively”. Tutto questo viene riferito non a una cerchia ristretta di adepti, bensì ai “Prozessualisten der Welt”.

“Nachhaltig beflügelt” Cappelletti ha certamente generazioni di studiosi della scuola processuale brasiliana a cui è giunto il Suo messaggio attraverso la voce di alcuni grandi maestri come José Carlos Barbosa Moreira, a Rio, e Ada Pellegrini Grinover a Sao Paulo. Cappellettiano è il tema *O Devido Processo Legal Coletivo. Dos Direitos Aos Litigios Coletivos*, brasiliano è l'autore – Edilson Vitorelli Diniz Lima – della monografia premiata nel 2019 dall'*International Association* come migliore opera di un giovane processualista. E non si tratta di un episodio isolato. Il discorso potrebbe essere esteso alla maggior parte dei Paesi dell'America Latina, dove le tematiche e gli studi cappellettiani, in gran parte anche tradotti in spagnolo e portoghese, rimangono punti di riferimento.

“Nachhaltig beflügelt” è stata anche una parte assai autorevole della scuola processual-comparatistica giapponese, soprattutto attraverso l'opera di *Takeshi Kojima* che, dopo la sua esperienza a Firenze e la collaborazione al progetto dell'*Access to Justice*, nella veste di Direttore dell'*Institute of Comparative Law*, della rinomata *Chuo University* di Tokyo prima, e come Presidente della prestigiosa *Tion University* di Yokohama poi, promuove, coordina e realizza grandi studi ispirati ai temi cappellettiani, dal *legal aid*, alle forme di tutela collettiva, all'*Alternative Dispute Resolution* e svolge un importante ruolo, attraverso il suo apporto comparatistico, nell'elaborazione del nuovo Codice di procedura civile del 1996.

In Australia e Nuova Zelanda è Kim Economides, cresciuto alla scuola di Cappelletti all'Istituto Universitario Europeo, che nella sua ricca carriera universitaria e come Presidente dell'*International Association of Legal Ethics* organizza, promuove e conduce studi e ricerche sui temi cappellettiani, arricchendoli con nuove prospettive antropologiche e apporti di carattere empirico, sociologico ed economico. Non mi soffermo sul lascito di Cappelletti in Europa, implicito nelle parole di Gottwald, o sulla continuità del Suo Magistero negli Stati Uniti, non solo attraverso gli studi di Bryant Garth, che dopo il lungo soggiorno fiorentino, ha dapprima ricoperto la carica di Dean della Indiana School

of Law di Bloomington e, poi, ha diretto per molti anni i lavori della *American Bar Foundation*. Ricordo la “Mauro Cappelletti Global Fellowship in Comparative Law” istituita dalla prestigiosa *New York University School of Law* per onorare “One of the Giants of the 20th Century Comparative Law” che, con la sua opera, ha lasciato “an indelible mark in the fields of comparative civil procedure, comparative constitutional law, Access to Justice, the sociology of law and European integration”.

2. *Un primo sguardo all’opera del Maestro: la comparazione come strumento di politica del diritto*

Peter Gottwald sottolinea anche che Cappelletti “hat viel bewegt”: ha ispirato e promosso, ha dato impulso e aperto prospettive ed è doveroso aggiungere, ci ha lasciato un grandioso patrimonio di idee.

Sin dalla lezione inaugurale dell’anno accademico nell’Università di Macerata, nel gennaio 1962, per la quale sceglie il titolo “Ideologie nel diritto processuale” – una sorta di manifesto programmatico di chi mette in discussione i modelli della “neutralità” e della “avalutatività” della scienza giuridica, che la cultura processualistica del dopoguerra continua a proporre – Cappelletti avverte che l’esigenza di una revisione critica dei paradigmi ricevuti dalla tradizione implica anche che il giurista sciolga la sua identità dal rapporto esclusivo con il diritto domestico e si liberi dai particolarismi della cultura giuridica nazionale. Nella sua opera assume vieppiù importanza centrale l’analisi comparativa: la comparazione come strumento di espansione degli orizzonti di conoscenza, come strumento di comprensione e di confronto critico e costruttivo. Cappelletti usa la comparazione soprattutto come *strumento di politica del diritto*. Basta guardare i temi oggetto di gran parte degli studi del Maestro per rendersi conto che dietro alla comparazione si coglie il progetto politico, ossia la prospettiva di riforme nell’ambito dei singoli ordinamenti, non necessariamente del proprio ordinamento, perché come comparatista ha allargato molto il suo orizzonte e il suo campo di osservazione. Per Cappelletti, scrive Kim Economides, “comparative law is not an academic toy, but a practical tool”. Per lui il

compito del giurista è di rispondere alle richieste e alle sollecitazioni che provengono da una realtà in movimento e di imprimere alle cose nuove un ordine anch'esso rinnovato, nella convinzione che riforme maturano non solo quando è diventata generale la percezione della loro necessità. In *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, l'ultimo dei suoi libri, Cappelletti scrive:

mi sarebbe difficile indicare anche una sola delle mie pubblicazioni giuridiche la quale non sia stata ispirata da una critica della situazione ossia dalla constatazione di un problema da risolvere e da un progetto di soluzione e quindi di riforma.

Nel *General Report* sull'*Access to justice* sottolinea che la battaglia "to make the rights of ordinary people real [...] calls for far-reaching reforms and for a new creativity".

3. Il disegno propositivo nelle monografie del percorso accademico

Nel 1955 Cappelletti pubblica lo studio monografico su *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, frutto del suo soggiorno di studi in terra di Germania come *Stipendiat* della *Humboldt Stiftung*. Siamo in un periodo in cui la sciagurata tripartizione delle norme costituzionali in norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita e norme direttive o meramente programmatiche 'teorizzate' dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 7 febbraio 1948, gode ancora di grande credito. Per quella costruzione, l'attuazione della Costituzione andava pensata in grandissima misura per il tramite della legge. Il cuore dell'ordinamento era ancora tutto lì, nella legge sovrana, fonte di diritto.

Con il suo lavoro, Cappelletti porta l'attenzione sugli strumenti introdotti in alcuni paesi europei – Austria, Germania, Svizzera – per munire di tutela effettiva i diritti fondamentali di libertà, e illustra come la Costituzione, in quanto *norma giuridica*, entra nella vita degli individui non necessariamente per il tramite di una legge di attuazione, ma direttamente per la *via giurisdizionale*. L'auspicio è che l'ordinamento italiano possa incamminarsi sulla stessa strada a integrazione dell'allora

non chiaramente definito controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Di lì a poco la Corte costituzionale pronuncerà la storica sentenza n.1 del 1956.

Ma il contributo dell’analisi cappellettiana, che ancor più mi preme evidenziare in questo contesto, è la lucida anticipazione, in quello studio monografico, del tema dei *rimedi*; ossia il tema dello stretto rapporto tra natura dei diritti, beni oggetto di tali diritti, bisogno di tutela e forme di rimedi. I processualisti non ne colgono il vero significato quando, anni più tardi, affrontano il tema sotto il diverso e poco proficuo profilo della differenziazione dei riti che, dopotutto, porta alla proliferazione dei riti e, quindi, alla frammentazione delle tutele. Il tema diventerà centrale nella rilettura di due ben note disposizioni del codice civile in tema di responsabilità civile, accompagnerà il dibattito sulle sentenze *Courage* e *Manfredi* della Corte di Giustizia che precedono la inconcludente Direttiva 2014/104/EU sulle azioni risarcitorie per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza, e plasma in modo significativo la giurisprudenza europea ancor prima dell’adozione dell’Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali che con formula pregnante parla di un *right to an effective remedy*, di un *Recht auf wirksamen Rechtsschutz*, per mettere in evidenza il profilo garantistico più importante della disposizione in parola.

Segue a due anni di distanza la “bella monografia” (il giudizio è di Carnelutti) su la *Pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. La raffinata ricostruzione tecnico-dogmatica del processo costituzionale come processo dotato di un suo *proprio oggetto* distinto da quello del giudizio principale, non distoglie il lettore da due rilievi di grande portata. Con il meccanismo del controllo di costituzionalità delle leggi, inserito nell’ambito di un giudizio ordinario come fase incidentale rispetto alla decisione di una controversia concreta, il *processo* diventa un momento privilegiato di osservazione dell’ordinamento giuridico e della sua conformità ai valori costituzionali. A sua volta, per il giudice la legge non è più l’atto qualificante della concreta fattispecie dedotta nel processo che esige comunque applicazione, bensì un atto qualificato da altra e superiore norma e, come tale, soggetta a verifica critica in ordine alla sua conformità con i precetti della Costituzione. Cambia il compito del giudice che ora è chiamato a informare la propria attività a

un principio di legalità costituzionale. Nell'interpretazione della *regula iuris* assumono spiccata rilevanza le *ragioni* o le *policies* della norma e, con ciò stesso, la dimensione argomentativa della relativa attività che, a sua volta, evoca l'importanza del dialogo e del confronto. Anni dopo, rispondendo agli interrogativi insidiosi: “Giudici irresponsabili” – “Giudici legislatori”?, Cappelletti, in due sedi diverse, e cioè nella relazione preparata per il Congresso mondiale degli *Appellate Court Judges* di Sydney dal titolo *The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis* (1981), e nel saggio *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis* (1980), in polemica con John Hart Ely e la sua celebrata opera *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), farà notare che “la legittimazione o investitura democratica del giudice, diversamente da quella degli organi politici in senso stretto non deriva dal fatto che egli rappresenti un elettorato, e che di fronte a questo egli sia direttamente o indirettamente responsabile. La legittimazione deriva piuttosto al giudice dal rispetto di precise garanzie sul piano processuale e formale”. Il richiamo è al dialogo e al confronto dialettico nella forma del contraddittorio quale strumento imprescindibile per la formazione delle decisioni giudiziali, e il rilievo riecheggia in un certo senso il fascino persuasivo della formula luhmaniana della “Legitimation durch Verfahren”.

Alla stagione processual-comparatistica macerte si riferisce anche l'opera in due volumi su *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, che già nell'edizione del 1959 aveva ricevuto l'incondizionato apprezzamento di Carnelutti il quale, nel temuto *Indice bibliografico*, aveva scritto: “opera appassionata; e la passione non è quella dei concetti, ma degli istituti, ossia della loro rispondenza a ciò che il processo deve essere: un mezzo per servire la giustizia”. Si tratta di un vero e proprio trattato in materia di *evidence* costruito intorno alla concezione di

un moderno processo civile libero dal retaggio di valutazioni aprioristiche e di regole di esclusione formali che restringono la ricostruzione dialettica dei fatti di causa e delimitano in modo irrazionale il libero apprezzamento del giudice.

La “lezione” che s’è potuto apprendere dalla storia e dalla comparazione – scrive Cappelletti nelle brevi note conclusive del corposo secondo volume dell’opera che offre un panorama storico-comparativo di rara ampiezza e profondità e che, nelle parole dell’autore, aveva la funzione di “sottoporre la ricostruzione tecnico-dogmatica” del primo volume “al vaglio della realtà in cui i relativi fenomeni si inseriscono” – “ha arricchito l’analisi con quel carattere “sperimentale” e quella sensibilità per i problemi concreti della vita che troppe volte mancano nelle elaborazioni della nostra dottrina”.

Alcune delle pronunce della prima giurisprudenza della Corte costituzionale potevano far pensare a un concreto impegno di liberare il nostro processo (civile) dallo schermo impermeabile di fatti accertati con forza vincolante prima e fuori dal processo. Invece, ci troviamo ancora con esempi di aprioristica valutazione di non credibilità della deposizione di alcuni soggetti fondata su motivi di sospetto secondo astratti indici di probabilità. Oggi, peraltro – e sarebbe stato sicuramente oggetto di illuminante indagine da parte del Maestro – nuove sfide e pericolose insidie si affacciano rispetto all’utilizzazione probatoria del ‘sapere delle parti’ raccolto, principalmente, in *electronically stored information*, con nuovi tecnici che attraverso un *predictive coding* operano la selezione del materiale probatorio e ne determinano la rilevanza prima e fuori dal confronto dialogico nel processo.

4. I grandi saggi comparatistici e la formazione di una cultura processuale insofferente dei confini nazionali

Cappelletti ha certamente “viel bewegt” nella formazione di una *cultura giuridica processuale* meno chiusa e autoreferenziale, pronta a partecipare alla circolazione di idee al di là dei confini nazionali, attenta ai punti di riferimento culturale in varie parti non solo del continente europeo, invece che nella tradizione consolidata e autarchica del proprio paese.

Lo ha fatto nel suo ruolo di *Chief editor* del volume XVI dell’*International Encyclopedia of Comparative Law*: progetto ambizioso avviato dall’*International Association of Legal Science* all’inizio degli anni

Sessanta con l'intento di coprire tutti i sistemi di *civil law*, *common law*, *socialist law* e, se possibile, il diritto dei Paesi africani e i diritti delle religioni. L'obiettivo era di offrire ai "lawmakers a multitude of models for the solution of recurrent as well as novel problems", assistere i giudici confrontati con il crescente fenomeno del contenzioso transnazionale, una guida per conoscere e comprendere il diritto di altri Paesi coinvolti in tali controversie, servire come strumento di formazione di una nuova generazione di giuristi.

Sul *Chief editor* gravava il delicato compito di vigilare che venisse offerta una trattazione approfondita della materia e, allo stesso tempo, garantire che i vari contributi, attraverso una sensibile comparazione, presentassero il tema trattato in modo da renderlo comprensibile a giuristi di altre esperienze anche profondamente diverse. Impresa davvero difficile, come risultava dai primi contributi presentati da collaboratori del Continente europeo, assai autorevoli, abituati a fini trattazioni tecnico-dogmatiche, ma assai poco adusi al complesso *rebuilding exercise*, al processo di decostruzione e ricostruzione al quale il comparatista è chiamato se vuole svolgere il suo ruolo mediatico tra culture giuridiche diverse. Cappelletti ne aveva offerto un esempio mirabile con il *Civil Procedure in Italy* (1965): un'opera che, oltre a proporre al lettore un'esposizione sistematica del processo civile italiano e delle strutture che fanno da supporto all'amministrazione della giustizia, guida l'interlocutore straniero (non solo di *common law*), abituato alle proprie categorie concettuali, con puntuali riferimenti e notazioni comparatistiche attraverso l'universo concettuale del nostro diritto processuale e gli illustra la dogmatica che ne ha forgiato i capisaldi.

Se il XVI volume dell'*Encyclopedia*, in un settore come quello processuale, le cui tematiche presentano non poche insidie per il lavoro del comparatista, sia sotto il profilo terminologico-concettuale, sia sotto quello del retroterra culturale e delle funzioni svolte da un certo istituto – si pensi alle difficoltà di una trattazione sul "giudicato" (che già nella sua nomenclatura *res iudicata*, *bar*, *estoppel*, *chose jugée*, *Rechtskraft* disorienta non poco e, infatti, non poco disorientava l'autore responsabile della stesura della relativa Sezione dell'Enciclopedia) – alla fine è riuscito a presentare ai destinatari finali dell'Enciclopedia, nella sua proiezione universale, un 'prodotto' che rende davvero familiare ciò

che era loro straniero e poco comprensibile, ciò è dovuto anche al lavoro paziente di revisione e di coordinamento del *Chief editor*.

Un impulso importante alla formazione di una cultura processuale meno chiusa e autoreferenziale è venuto sicuramente dai Suoi grandi saggi comparatistici sull’evoluzione del diritto processuale nel mondo contemporaneo: da *Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, titolo della *Cooley Lecture* dettata nel 1970 all’Università di Michigan, a *Procédure orale et procédure écrite* (Relazione generale presentata all’VII Congresso internazionale di diritto comparato di Pescara del 1971), da “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation” (Relazione generale presentata al IX Congresso internazionale di diritto comparato di Teheran 1974) a *Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, che costituisce la sezione introduttiva del volume XVI dell’*International Encyclopedia of Comparative Law* (1987). In questi lavori Cappelletti è il grande personaggio della comunità scientifica internazionale che guarda al fenomeno processuale da una prospettiva globale in cui non contano le radicate recinzioni e delimitazioni del *terroir*, bensì “le grandi trasformazioni economiche, tecniche, sociali che stanno radicalmente mutando le dimensioni dei rapporti tra gli uomini e gli Stati”. L’intento è di mettere a nudo le filosofie e gli ideali espressi dalle regole processuali nei vari ordinamenti, di individuare le ragioni di successi e insuccessi delle soluzioni adottate da diversi Paesi, di cogliere le grandi tendenze evolutive e quindi individuare direzioni future di una normativa processuale che, anche per raggiungere i rapporti che lasciano il territorio degli Stati, deve affrancarsi dai particolarismi nazionali.

Grandi impulsi di rinnovamento metodologico e culturale nascono anche dalla Sua attività di Presidente dell’*International Association of Procedural Law*, che per anni guida con impareggiabile energia e autorevolezza e che, sotto la sua direzione, esce dal ristretto orizzonte eurocentrico e diventa un soggetto di respiro mondiale. Oggi l’apprezzata Rivista multilingue dell’Associazione, *International Journal of Procedural Law* offre a studiosi e pratici nelle varie parti del mondo una piattaforma in cui confrontarsi e dialogare, mentre il *Mauro Cappelletti*

Book Prize premia i giovani processualisti più brillanti, che si affacciano sulla scena mondiale.

Chi guardi alle grandi riforme del processo civile che, ad avallo del nuovo millennio, sono state introdotte in numerosi paesi, tanto di *civil* che di *common law* – dall’Inghilterra al Giappone, dal Brasile alla Germania, dalla Spagna all’Olanda, all’Austria, alla Norvegia –, non ha difficoltà di riconoscere in esse una cultura delle riforme secondo linee indicate non pochi anni fa da Cappelletti nella sua capacità di intuizione e di anticipazione, in cui si assiste a una sorta di dialogo a distanza tra legislatori, attenti a cogliere ciò che avviene altrove e a utilizzare l’esperienza altrui in vista di una risposta ai propri problemi, attraverso un complesso quanto affascinante gioco di scambi e di interferenze lontano da passiva recezione e imitazione.

In anni recenti questa cultura processuale ha ispirato strumenti alla cui elaborazione ho avuto modo di partecipare in varia veste, come gli *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure* (2005) e le *ELI/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure* (2020): “an effort to build bridges between different legal cultures and traditions with the potential to influence the future of civil procedure both at European and national levels”.

5. I valori costituzionali e la rifondazione del diritto processuale nel dialogo tra civil law e common law

Per Cappelletti, cresciuto nel vivo dell’insegnamento calamandreaiano, i *valori costituzionali* assumono un ruolo centrale nell’orizzonte dei suoi studi processual-comparatistici. È tra i primi a registrare il grande mutamento, che significa anche per il diritto processuale la decisione dei Costituenti di imporre determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo come ‘fondamentali’ e inviolabili nel contesto dei diritti e delle libertà personali dell’individuo. Con il diritto processuale disegnato dalla Costituzione e la sua collocazione al vertice delle fonti, quale insieme di norme dalla cui osservanza dipende la validità di tutte le altre cadono i postulati della coerenza e della completezza dell’ordinamento processuale rimesse alla ricostruzione sistemati-

ca della scienza giuridica. Ai valori espressi nelle norme costituzionali è affidato il ruolo di dare al diritto processuale un nuovo e più ampio respiro, a conferire al processo una nuova legittimazione e, più ampiamente, a rifondare le basi dell’amministrazione della giustizia in una società democratica.

Nel settembre del 1970, il Comitato esecutivo dell’*International Association of Legal Science*, nel corso della riunione a Mosca sotto la presidenza di John Hazard della *Columbia University*, chiede a Mauro Cappelletti di assumere il compito di *General Reporter* al Convegno da svolgere a Firenze sul tema *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. La Conferenza si tiene a Firenze, al Palazzo dei Congressi, dal 5 al 9 settembre 1971. Le relazioni sono presentate da studiosi europei tra cui alcuni autorevoli rappresentanti dei Paesi socialisti, da studiosi dell’America del Nord (Canada e Stati Uniti), dell’America del Sud, dell’Asia e dell’Africa. Ai lavori della Conferenza partecipano i grandi protagonisti della scena comparatistica da Konrad Zweigert a Renè David, a Marc Ancel a Ole Lando a Imre Szabo.

Nel vivace confronto tra culture e tradizioni diverse, gli studiosi dei paesi continentali sottolineano la centralità del “diritto di agire in giudizio”, che in alcune delle Costituzioni che si sono affacciate sullo scenario europeo del secondo dopoguerra, ha trovato ingresso tra i diritti fondamentali della persona, mentre per gli studiosi dei paesi di *common law* l’accento va posto sul corredo garantistico raccolto nel principio del *fair trial*. “In three words, the fair trial – aveva scritto Arthur Lehman Goodhart in *Legal Procedure and Democracy* (1964) – we can sum up the outstanding contribution that the common law has made to civilisation”. Tony Jolowicz spiega ai colleghi continentali: “when Parliament has entrusted the power of decision to another body, English law takes the guarantee no further”. Qualche anno dopo il tema sarà al centro di un appassionato dibattito tra i giudici della Corte europea dei diritti dell’uomo che, nella storica sentenza *Golder* (1975), con il vigoroso dissenso di Sir Gerald Fitzmaurice, decreta l’ingresso nell’ordine costituzionale europeo del diritto di accedere al giudice come “elemento inerente” alla garanzia del *fair trial* enunciata nell’art. 6, par. 1 della Convenzione. Accanto al giusto processo, argomenta la Corte, il precetto convenzionale garantisce “un droit d’accès aux tribunaux à toute per-

sonne désireuse d'introduire une action relative à une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil". Un plateale "non sequitur" per il giudice Fitzmaurice.

La insidiosa domanda "what is civil", sollevata in quel consesso fiorentino del 1971 da Hans Smit, anticipa importanti riflessioni sulla ragion d'essere di un sistema binario di giurisdizione in materia di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, richiama l'attenzione sulla posizione delle *agencies* (o "autorità amministrative indipendenti"), da tempo operanti negli Stati Uniti in settori delicati come antitrust e *securities*, e tocca il quesito del ruolo della comparazione nell'interpretazione e applicazione del diritto processuale internazionale, visto che le Convenzioni dell'Aja in materia di notificazioni internazionali e di raccolta di prove all'estero stipulate in quel torno di tempo con l'adesione dei paesi di *common law* (Regno Unito e Stati Uniti), nelle disposizioni di esordio usano l'espressione (il sintagma) "civil matters" per circoscrivere il proprio ambito di operatività.

Per Cappelletti, che scrive un denso *General Report* comparatistico:

the lasting importance of the wealth of research and information gathered in this volume rests on its demonstration of an essentially common core of values and a common stream of evolutionary developments which appear throughout the world.

Insomma, per Cappelletti, in questa grandiosa affascinante esperienza vi è

la graduale riconquista di quella universalità dei valori giuridici, del diritto, che si era infranta allorché l'affermazione del principio di sovranità degli Stati, portando alla positivizzazione dei rispettivi ordinamenti giuridici ha eretto le barriere delle autarchie nazionali.

Nel senso cappellettiano, nell'Europa della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, vero anello di congiunzione con lo "spazio giudiziario europeo" creato dall'Europa dei Trattati di Roma, nel corso degli anni prenderà forma un ordine pubblico processuale sovranazionale, che va al di là della funzione negativa di *filtering device* della tradizionale clausola dell'*ordre public* e diventa l'affermazione di

un imperativo di ordine garantistico da rispettare in tutti gli ordinamenti nazionali, pur nel variare delle normative di dettaglio.

6. *La monumentale impresa dell’Access to Justice: tra progettualità e riforme*

Vengo all’area tematica che nelle varie parti del mondo, più frequentemente, viene collegata al nome di Mauro Cappelletti: l’*Access to Justice*.

Ricordo che nel presentare il suo grande progetto, Egli avvertiva:

L’accesso alla giustizia non è più soltanto il riconoscimento di un diritto fondamentale; è il momento centrale del moderno studio del processo: uno studio che non può essere che il frutto di uno sforzo collettivo, di un’opera collettiva per la quale occorre una metodologia arricchita da apertura al pensiero di altri paesi, all’economia, alla sociologia e all’antropologia e integrata da apporti di sapere empirico.

Sotto il suo continuo impulso e la sua guida efficace la ricerca porterà alla pubblicazione tra il 1978 e il 1979 di sei corposi volumi in inglese (e parzialmente tradotti in francese, spagnolo, portoghese e giapponese, ma mai, neanche parzialmente, in italiano; eppure, proprio in Italia riformatori autoreferenziali avrebbero potuto trarre preziosi insegnamenti): un imponente insieme di studi comparatistici e interdisciplinari che offrono un panorama di eccezionale ampiezza e ricchezza delle soluzioni adottate dai vari paesi ai problemi fondamentali della giustizia civile, dei pregi e difetti di quelle soluzioni, del loro retroterra culturale, unite a proposte di riforma.

I lavori erano stati preceduti da un’ampia indagine su quella che poi verrà chiamata “the first wave of access to justice”: il volume *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies* (1975) che offre un’attenta analisi delle più significative esperienze sul fronte del *legal aid* e della prestazione dei *legal services* in varie parti del mondo. Un quadro di grande respiro che, oltre alla prospettiva essenzialmente garantistica dell’assistenza legale ai ceti socialmente ed economicamente più deboli, mette in evidenza la potenzialità di istituti

come le *Neighbourhood law firms*, strumenti di *law reform* e di promozione sociale. La pubblicazione del volume provoca una forte reazione critica negli Stati Uniti. In seno all'American Bar Foundation vi è chi accusa gli autori, in particolare Earl Johnson, di essersi troppo apertamente schierati a favore di un modello di *legal aid* affidato a strutture pubbliche *government subsidized* con limitazione del ruolo della libera avvocatura. In Europa, il clima culturale è diverso. Gli Stati, nel quadro di politiche ambiziose di *welfare*, sono orientati ad assumere compiti di assistenza legale riformando istituti antiquati di gratuito patrocinio. In alcuni casi le indagini cappellettiane offrono alimento a specifiche iniziative legislative (ne è un esempio la elaborazione in Germania del *Gesetz über die Prozesskostenhilfe und die Beratungshilfe* del 1980), in altri contribuiscono a porre le basi per un ripensamento di tutta la tematica che non può essere validamente impostata in termini di pura prestazione d'opera professionale fornita al singolo in occasione di una determinata controversia giudiziaria. A livello sovranazionale europeo, è l'epoca in cui la Corte di Strasburgo enuncia la dottrina degli obblighi positivi degli Stati, obblighi di prestazione e di risultato correlati a diritti configurati come *Staatszweck* piuttosto che come *Staatsschranken*. Ed è l'epoca della celebre sentenza *Airey* (1979) in cui si stabilisce che anche impedimenti di fatto, nella forma di condizionamenti di ordine economico e sociale, possono implicare una violazione della Convenzione, nel caso di specie, del diritto di accedere a un tribunale e ottenere la tutela giurisdizionale.

Le cose cambiano con il declino del *Welfare State* e le politiche di austerità. "The story of legal aid – qualcuno ha giustamente scritto – is not a lucky one". Gli *unmet needs*, i bisogni latenti di giustizia messi in luce dalle ricerche di Richard Abel, Michael Zander, Ekehard Blankenburg o David Trubek non scompaiono; attendono ancora adeguate risposte sul piano istituzionale e su quello dei rimedi. Gli strumenti offerti dal mercato come le *contingency fees*, i *conditional fee agreements*, gli strumenti assicurativi privati e la sempre più fiorente industria del *third party litigation funding*, attiva soprattutto nel campo del grande contenzioso civile e commerciale transnazionale, non sono in grado di offrire un aiuto agli *haves-not* (per usare la felice espressione di Marc Galanter). E quel che è grave, oggi i legislatori, non solo nostrani, ten-

dono sempre più a servirsi del fattore costo o, se si vuole, del rischio economico del processo, per scoraggiare o apertamente limitare l’accesso alle corti e condizionare la tutela di diritti, generosamente enunciati sul piano sostanziale.

Quanto alla *Second Wave* dell’*Access to justice movement*, ossia l’impegno di munire di adeguati strumenti protettivi situazioni giuridicamente rilevanti che hanno per oggetto beni come la salute, l’ambiente, il patrimonio culturale, che non ineriscono al singolo atomisticamente considerato, ma sono riferibili a una pluralità di soggetti, a intere collettività o ampie parti di esse e la cui minaccia o lesione è simultaneamente avvertita o sofferta da tutti e da ognuno, il disegno propositivo di Cappelletti si articola su tre fronti: valorizzazione delle formazioni sociali, flessibilità della struttura processuale e revisione dei rimedi.

I corpi intermedi che la società stessa è in grado di costruire come legittimi portatori e protagonisti di difesa di interessi superindividuali e collettivi, per essere vestiti del potere di agire in giudizio, devono essere dotate di adeguata rappresentatività. Il processo – Egli avverte – non può o, non può di regola, essere aperto a chi non abbia alcun rapporto con l’oggetto dedotto in giudizio. La rappresentatività postula una determinazione connotata da elementi di elasticità e non deve essere soggetta a criteri predeterminati di designazione, né costretta nelle gabbie di una preventiva autorizzazione governativa.

Quanto alle garanzie da rispettare in un processo capace di offrire spazio alla gestione di liti caratterizzate da complessità soggettiva, la loro configurazione non può essere modellata sull’esempio degli strumenti forgiati per il processo a struttura individuale. Cappelletti sottolinea che occorre una “metamorfosi del diritto processuale”, ossia, occorre aver coraggio di allontanarsi da un contesto culturale che considera il processo strumento di una o più cause specifiche, inerenti a ben identificati diritti soggettivi sostanziali, cui corrispondono altrettante domande giudiziali. Una scelta come quella a favore del sistema dell’*opt-in*, di cui la *class action* domestica, anche nella sua versione più recente, non è riuscita a liberarsi, va evitata perché rischia di pregiudicare l’efficacia e la funzionalità dello strumento processuale di tutela.

Infine il tema dei *remedies*; “problema enorme”, scrive il Maestro, perché ci rendiamo conto tutti i giorni che i vecchi rimedi, usualmente

di carattere repressivo, risarcitorio e monetario non bastano più, rappresentano una tutela inadeguata nel campo dei nuovi diritti e interessi spesso non monetizzabili. Si impone la necessità di ripensare la funzione meramente riparatoria e compensativa dello strumento risarcitorio e, rispetto ai casi di illecito pluri-offensivo, vi deve essere una componente di dissuasione e di *deterrence*. Non discute il fenomeno dei *punitive damages*, menziona invece il meccanismo della *fluid recovery*.

Nell'attuale scenario europeo sono i legislatori di singoli Stati membri ad avere introdotto soluzioni apprezzabili. Le istituzioni dell'Unione, invece, pesantemente condizionate da una vera e propria *class action-fobia*, da una irrazionale avversione anche verso gli aspetti più tecnici e funzionali dell'istituto statunitense, non si sono finora mostrate capaci di predisporre strumenti idonei a dare vita a un moderno sistema di "collective redress". Ciò vale anche per la Direttiva 2020/1828 del 25 novembre 2020 relativa alle "azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori", rispetto alle cui scelte, mutuando in parte il titolo di un commento pubblicato qualche mese fa, si può dire che vi è poco "moving forward" e piuttosto "treading water".

7. Dalle istituzioni giudiziarie al sistema giustizia: l'orizzonte di una *co-existential justice*

Per Cappelletti una "Justice in many rooms" può essere anche non giurisdizionale. Sulla tematica della *Third Wave* dell'*Access to justice movement* il suo discorso propositivo è chiaro, e chiaro è anche il suo monito.

Co-existential justice – giustizia coesistenziale – è la felice espressione con cui Egli indica il tipo di giustizia che i metodi di soluzione dei conflitti diversi dal processo davanti al giudice statale possono essere in grado di offrire ai litiganti; metodi tesi non tanto a sancire chi abbia ragione o torto, bensì a consentire alle parti di trovare la propria autodeterminata soluzione della lite; capace di 'rammendare' il loro rapporto in vista di una continuazione in futuro. Nella tipologia dei rapporti alla quale è destinata, la lite, anziché come una definitiva rottura, si manifesta come conflittuale interruzione della relazione tra le parti.

La felice espressione *co-existential* consente di lucidamente individuare l’oggetto, il campo in cui può operare, le controversie alle quali va diretta, il metodo per la soluzione e il risultato cui mirare. Non una “second class justice”, ma una giustizia che *co-esiste* accanto alla giustizia offerta dalla via giurisdizionale.

Cappelletti non ignora i rischi di un mercato delle ADR – come si è sviluppato negli Stati Uniti, anche con il sostegno della Corte Suprema – e che, attraverso spinte legislative, si manifesta in una troppo facile deviazione di ampie categorie di controversie a un ventaglio sempre più ampio di modalità a-giurisdizionali di risoluzione. “The alternative dispute resolution story – era il tempestivo avvertimento di Owen Fiss – makes settlement appear as a perfect substitute for judgement [...] by trivializing the remedial dimension of a lawsuit, and also by reducing the social function of the lawsuit to one of resolving a private dispute”. Sullo sfondo dell’opera di Cappelletti rimane ferma la consapevolezza che occorre tener distinto il fenomeno della “composizione delle liti” da quello della “tutela dei diritti”: tutela giurisdizionale di diritti da determinare, ed eventualmente formare, in base a regole opportunamente scelte e interpretate mediante un procedimento giudiziale.

Oggi assistiamo al diffondersi dell’*online dispute resolution*, sostenuta dai miti dell’efficienza e della certezza: non un modello di *co-existential justice* e, oltretutto, una forma di composizione delle liti in cui manca la parola per costruire un tessuto comunicativo.

Lo spirito e la visione di Cappelletti riecheggiano invece, mirabilmente, nella Rivista di recente fondata proprio a Trento, che porta il titolo *Giustizia consensuale* ed è diretta con grande apertura culturale da Silvana Dalla Bontà e da Paola Lucarelli.

8. Le sfide europee e l’integrazione attraverso il diritto

Che dire dell’*Integrazione attraverso il diritto*?

Grandi pronunce della Corte di giustizia, a partire dalla storica sentenza *van Gend & Loos*, hanno disegnato i connotati costituzionali dell’“ordinamento di nuovo genere”, che ha preso forma in Europa sulla base dei Trattati di Roma. Uno strumento pattizio come la Convenzione

di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, elaborato negli anni fondanti della nuova realtà sovranazionale, ha profondamente modificato il tradizionale rapporto tra giurisdizione, sovranità e territorio. L'Europa non è più soltanto un luogo geografico o un fenomeno culturale. Il diritto ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione dell'ordine europeo. Più ardua è risultata la missione di creare un' *identità* europea. Oggi, nello scenario europeo, il diritto sembra aver perso la posizione di fattore fondamentale del successo per ristrutturare la società e la politica. È percepito piuttosto come un'appendice ai poteri economici e alle forze dei governi.

Il progetto monumentale ideato e diretto dal Maestro *Integration through law. Europe and the American Federal Experience*, tra il 1986 e il 1988 porta alla pubblicazione di sette voluminosi tomi. Il primo, dedicato a *Methods, Tools and Institutions – A Political, Legal and Economic Overview*, si apre con un'ampia presentazione scritta da Cappelletti (insieme a J. Weiler e M. Secombe): un saggio di grande respiro sul presente, sulle trasformazioni e sulle prospettive future di un ordine giuridico non più imbrigliato all'interno di rigidi confini nazionali; l'Europa come fonte del diritto, come progetto, come modello, come possibile esempio di modernità, non solo continentale. Quel monumentale progetto è l'ultima delle grandi fatiche concluse dal Maestro; è l'ultima grande impresa condotta da uno studioso sempre pronto ad accettare le nuove sfide, a percorrere il difficile cammino di nuove esperienze; l'ultima grande testimonianza di un uomo interessato più al diritto da fare che a quello già fatto, convinto che anche dall'opera dello studioso dipende il corso delle cose.

L'ITINERARIO INTELLETTUALE DI MAURO CAPPELLETTI

Vincenzo Varano

1. Mauro Cappelletti, uno dei "precious few"

In every generation, a precious few tower over their fellows in the specialist areas of their endeavor. They transcend their compeers in being immensely more active and articulate as well as more imaginative, more creative as well as more critical, more innovative as well as more inspiring [...] In our age, one of the precious few in the field of comparative civil procedural law and evidence and constitutional law is Professor Mauro Cappelletti.

Così Sir Jack Jacob iniziava il suo *Foreword* al libro di Mauro Cappelletti, uno dei suoi libri migliori, dal titolo *The Judicial Process in Comparative Perspective*¹, una raccolta di saggi scelti durante l'anno (1988-89), in cui l'Autore fu Goodhart, Professor of Legal Science presso l'Università di Cambridge. In poche righe, dipinse un quadro molto vivo di quello che è stato Mauro Cappelletti. Ho deciso di aprire anche io il mio saggio con quelle due frasi di Jack Jacob, che peraltro sono piaciute a molti, in quanto riescono a dare l'idea di quella che è stata una delle figure centrali della cultura giuridica del XX secolo, uno dei pochi giuristi italiani conosciuti in tutto il mondo². A quelle frasi ha fatto ricorso, per esempio, Marta Cartabia, che ha intitolato il suo contributo al Convegno dedicato a Mauro Cappelletti³, tenutosi a Firenze il 10 dicembre 2014, *Mauro Cappelletti: One of the Precious Few della*

¹ Oxford, 1989, p. V per il *Foreword* di Sir Jack Jacob.

² Non è un caso, per esempio, che a lui, unico giurista italiano, sia dedicata un'apposita voce nel *Dictionnaire de la Justice*, a cura di L. CADIET, Paris, 2004.

³ *Processo e Costituzione: l'eredità di Mauro Cappelletti*, i cui atti possono vedersi in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2016, pp. 1-287.

*nostra generazione*⁴; l'ha usata Nicolò Trocker all'inizio del suo ricordo per il Maestro⁵; l'ha usata anche Sabino Cassese a conclusione del suo *Elogio di Mauro Cappelletti*⁶.

Non mi soffermo, in questa sede, sulla ricchissima biografia di Mauro Cappelletti, nato, come tutti sanno, in queste vallate, e prematuramente scomparso, colpito, ancora nel pieno della maturità, da una crudele malattia. È una biografia che lo vede giovane professore a Macerata e poi a Firenze, dove fonda l'Istituto di diritto comparato; poi Professore all'IUE e alla *Stanford Law School*; ma anche *Visiting Professor* in molte prestigiose università negli Stati Uniti, ma non solo; riceve lauree *honoris causa* da molte università del mondo; è socio dell'Accademia dei Lincei, e di altre analoghe prestigiose istituzioni in altri Paesi; è Presidente dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato – contribuendo, anche attraverso di essa, insieme a Gino Gorla e Rodolfo Sacco, a lanciare in Italia gli studi comparatistici –, dell'*International Association of Legal Science* e dell'*International Association of Procedural Law*.

Mauro Cappelletti è stato uomo di Scuola, che della ricerca e dell'insegnamento ha fatto la sua ragione di vita, denunciando spesso, e con forza, la crisi e il bisogno di riforme radicali dell'educazione giuridica italiana, con pagine che ancora oggi ci appaiono vive⁷. È stato un lavoratore infaticabile, e un autore assai prolifico, avendoci lasciato una ventina di volumi e centinaia di contributi minori, pubblicati, o tradotti, in molte lingue. È stato un organizzatore estremamente determinato, capace di attrarre intorno a monumentali progetti di ricerca non solo i fondi necessari per promuoverli e portarli avanti, ma anche e soprattutto giovani studiosi nei loro anni formativi e studiosi di grande prestigio da ogni parte del mondo. Ricordo che le stanze dell'Istituto di Diritto Comparato, e del Centro di Diritto Comparato fondato in via Laura 60 fruendo di contributi privati, erano un crocevia quasi obbligatorio per

⁴ *Ivi*, p. 115 ss., e p. 127 in cui le frasi sopra riportate di Jack Jacob chiudono il contributo.

⁵ *Mauro Cappelletti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 157.

⁶ In *Annuario*, cit., p. 239.

⁷ Vedi *L'educazione del giurista e la riforma dell'università*, Milano, 1974, ove si trova anche ristampato il volumetto su *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957, frutto di un suo soggiorno giovanile in Germania.

giuristi della fama di Guido Calabresi, Max Rheinstein, J.A. Jolowicz, John Merryman, Stefan Riesenfeld, René David, Yasuhei Taniguchi, e tanti altri che sarebbe troppo lungo ricordare. Per noi giovani allievi è stato senza ombra di dubbio un periodo di formazione e di crescita unico.

2. Mauro Cappelletti “processualcomparatista”

Mauro Cappelletti è stato un uomo dalla personalità straordinaria, con una grande varietà di interessi scientifici. È stato processualcivili-
sta, costituzionalista, sicuramente, ma l’occhio con cui ha guardato ad ambedue le aree, e al fenomeno giuridico in generale, è stato quello del comparatista. Mauro Cappelletti è stato innanzi tutto comparatista, anzi è stato uno dei ‘Padri Fondatori’ della moderna scienza del diritto comparato, tant’è che lui stesso, che pure è stato un raffinato studioso del processo civile, in un “esame di coscienza” che costituisce una sorta di testamento spirituale, si definisce “processualcomparatista”, piuttosto che processualista⁸. Per completare questo ritratto introduttivo, occorre aggiungere che Cappelletti è stato uno dei primi, e più autorevoli, giuristi italiani ad aver diffuso nel mondo la conoscenza del sistema giuridico italiano. L’ha fatto, naturalmente da comparatista, offrendo cioè al lettore straniero non una mera descrizione, ma una lettura critica del proprio ordinamento, chiarendo per il lettore straniero ciò che sicuramente gli sarebbe stato assai poco comprensibile (e questa opera di mediazione è comparazione). Ho in mente i due esempi, che ben illustrano questo aspetto del cammino intellettuale di Mauro Cappelletti. Il primo è *Civil Procedure in Italy*, scritto con J.M. Perillo nel quadro del progetto *On International Procedure* lanciato dalla *Columbia University*, che si pone come un vero e proprio moderno manuale di diritto processuale civile⁹. Nel 1967, sempre con J.M. Perillo e con J.H. Merryman,

⁸ Mi riferisco al saggio *Una carriera al servizio della giustizia. Esame di coscienza di un processualcomparatista*, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p. 157 ss.

⁹ The Hague, 1965.

esce *The Italian Legal System. An Introduction*, un'insuperata introduzione alla storia, allo spirito, alla cultura del nostro ordinamento¹⁰.

3. *La comparazione come "politica del diritto"*

Nella vicenda intellettuale di Cappelletti, la comparazione occupa un ruolo fondamentale, è il suo metodo di ricerca. Cappelletti ha infatti sempre guardato ai suoi temi, fin dai primordi del suo percorso scientifico, in un'ottica comparativa: credo si possa tranquillamente affermare che egli è stato il primo (in ogni caso, uno dei non molti) processualciviltista italiano che ha sistematicamente fondato la sua analisi degli istituti sulla comparazione. La sua concezione della comparazione è pure assai degna di nota. Cappelletti non è interessato a un'analisi tecnica o strutturale e astratta delle differenze e dei punti di contatto, così come non ha interesse *soltanto* ad acquisire conoscenza. Il modo più efficace, e sintetico, per spiegare il suo approccio è ricordare alcune sue parole:

Dato un problema sociale – il c.d. *Tertium comparationis* – condiviso da vari paesi, l'indagine fenomenologica procede a esaminare i metodi – regole, procedimenti, istituzioni – adottati in quei paesi per risolvere quel problema, spesso con il risultato di definire modelli dei vari tipi di soluzione così adottati. Le differenze e le analogie in tali soluzioni e modelli sono poi esaminate per comprenderne le ragioni di carattere storico, sociologico, culturale o altro; e si potrebbero scoprire movimenti o tendenze, spesso convergenti ma talvolta paralleli o divergenti, rendendo possibili previsioni informate sul futuro possibile. Infine, le varie soluzioni si potranno valutare, non certo in senso assoluto ma in

¹⁰ Scrive in proposito N. TROCKER, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 170, n. 21: "un'opera preziosa che conduce chi desidera entrare in contatto col diritto italiano attraverso gli eventi storici e le correnti di pensiero che hanno influenzato lo sviluppo dell'ordinamento giuridico vigente – appunto il *legal system* –, lo illumina sui modi in cui il diritto è fatto, applicato, studiato, perfezionato e insegnato, su ciò che conferisce un carattere e una individualità propria all'ordine giuridico italiano nel panorama della cultura giuridica di *civil law*".

relazione alla loro efficacia in vista della soluzione del problema da cui tutta la ricerca è iniziata¹¹.

Cappelletti, dunque, intende la comparazione come ricerca di soluzioni, come strumento di politica del diritto¹². A Cappelletti preme, in sostanza, trasformare le istituzioni vigenti di cui avverte l'insufficienza o l'ingiustizia: e la comparazione gli è essenziale per trovare la soluzione migliore – la “promising solution”.

4. Cappelletti e gli orizzonti della sua comparazione

La comparazione di Cappelletti non si rivolge solo agli ordinamenti culturalmente più vicini (Francia, Germania, e in particolare la dottrina di lingua tedesca, che era parte del bagaglio culturale naturale del giurista italiano, e in particolare del processualista, non meno della dottrina italiana), ma anche, e soprattutto, agli ordinamenti di *common law*, e in particolare gli U.S.A., che, da un lato, contribuivano a relativizzare l'apparato concettuale cui eravamo abituati, e dall'altro, vivendo un'esperienza capitalistica più avanzata, riuscivano a dare risposte più adeguate, soluzioni spesso più promettenti ai suoi interrogativi.

Quello che poi colpisce guardando al respiro della comparazione nell'opera di Cappelletti, è il progressivo allontanamento da questo o quell'ordinamento, da questa o quella tradizione giuridica, per aprirsi sempre più a una visione planetaria. I primi studi sono, per così dire, tradizionali, partono dai limiti del nostro ordinamento, e vanno alla ri-

¹¹ Ved. M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process*, cit., p. XIX (la traduzione è mia). In realtà Cappelletti, a parte qualche cenno qua e là, ha esposto compiutamente la sua proposta metodologica solo nel suo ultimo libro, *Dimensioni della giustizia*, cit., cap. 1, p. 11 ss.

¹² V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 334 ss., individuò, con riferimento alla comparazione in Italia tre opzioni metodologiche fondamentali: la comparazione come strumento di politica del diritto, che aveva appunto Mauro Cappelletti come figura di riferimento; la comparazione come ricerca di storia del diritto (Gino Gorla, il più vicino a Cappelletti che fondava le sue proposte innovative sulla base anche di una ricerca storico-sociologica); la comparazione come analisi strutturale del diritto (Rodolfo Sacco).

cerca di soluzioni attraverso l'osservazione di altri ordinamenti. Così, per esempio, Cappelletti osserva che la nostra Carta costituzionale, come tante altre prevede “diritti fondamentali, che, appunto perché posti costituzionalmente parrebbero dover essere più ‘forti’ di quelli ordinari”, e invece “sono considerati con poca fiducia da chi vi si vorrebbe affidare e con poco rispetto da chi rispettarli dovrebbe”¹³. Cappelletti volge dunque gli occhi altrove, per vedere

se esista [...] e come sia sorto e perché e come funzioni e quali problemi sollevi, qualche istituto capace di fare effettivamente valere i diritti fondamentali. Un modo, dico, differenziato, rinforzato [...] che manca da noi [...] causando la inadeguatezza della tutela e l'inefficacia del diritto, della ‘situazione attiva’ contenuta nella Costituzione¹⁴.

Lo studio del ricorso costituzionale in Svizzera, in Austria, in Baviera, in Germania è funzionale a insegnarci che la Costituzione deve essere a “a portata del popolo, dell'uomo”, e deve essere sottratta “a quella sorta d'ironica trascuranza che è il destino delle leggi che non si fanno valere”¹⁵.

Il nostro ordinamento continua a essere al centro della riflessione di Cappelletti per diverso tempo. Sono degli anni Settanta alcune grandi battaglie, alcune denunce di arretratezza dell'ordinamento italiano, sempre combattute con il sostegno del metodo comparativo, che lo aiuta a capire e a dimostrare come i bisogni della società italiana sono bisogni condivisi da altre società e in queste ultime trovano spesso risposte più adeguate. Basta pensare al problema della perdurante irragionevole durata del processo civile di cognizione, che ci ha causato innumerevoli condanne di fronte alla CEDU, e che ci ha portato a inserire, inutilmente, un richiamo esplicito nell'art. 111 della Costituzione: come non ricordare il volumetto *Procédure orale e procédure écrite* del 1971 (*sic!*) in cui l'Autore già denunciava, sulla base, fra l'altro, di un robusto apparato di dati statistici, l'inefficienza della giustizia civile in termini perfettamente sovrapponibili alla realtà odierna, che la recente

¹³ Così scrive il Maestro in *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, ristampato nel 1971 e nel 1974, p. 5.

¹⁴ *Id.*, p. 6.

¹⁵ *Id.*, p. 141.

legge delega n. 206 del 2021 e i suoi decreti attuativi 149/2022 e 151/2022 tentano di sanare¹⁶? Ma la dimensione che ha il suo centro nel nostro ordinamento tende progressivamente ad allargarsi. Lo sguardo di Cappelletti si estende su tutto il pianeta, alla ricerca di “promising solutions” per problemi di portata tendenzialmente universale. Quel che sempre più gli interessa è l’individuazione del grande problema sociale, al fine di ricercare le risposte in una varietà sconfinata di esperienze giuridiche e culturali, nelle società avanzate come nelle società primitive. In tal modo, Cappelletti mostra di essere sensibile all’esigenza di recuperare l’universalità del fenomeno giuridico (e della scienza giuridica), universalità che si è andata perdendo con la nazionalizzazione del diritto, ma che una realtà economica insofferente dei confini nazionali aiuta a recuperare, sottraendo via via il diritto e le sue fonti al potere monopolistico di un legislatore nazionale.

Non mi propongo certo, in questa sede, di effettuare una rassegna completa delle opere di Cappelletti. Piuttosto, attraverso alcuni suoi scritti, che mi sembrano più significativi, mi proverò a individuare gli aspetti essenziali del suo cammino intellettuale, che vede sempre comunque fusi processo e valori costituzionali nell’ottica della comparazione.

5. Cappelletti “profeta scientifico”

Innanzitutto, non sarà mai sottolineata abbastanza la capacità che ha sempre accompagnato Cappelletti, fin dall’inizio del suo cammino scientifico, di intuire, di anticipare l’importanza e l’attualità di alcuni grandi temi che, fra l’altro, testimoniano la sua sensibilità per i problemi e i bisogni della società, e il suo interesse e il suo impegno per i

¹⁶ L’opera ricordata nel testo (Milano-Dobbs Ferry, NY) ripropone la relazione generale sul tema presentata all’VIII Congresso Internazionale di Diritto Comparato, tenutosi a Pescara nel 1970. Di un paio d’anni precedente è il saggio *Parere iconoclastico sul processo civile italiano*, in *Giur. It.*, 1969, parte IV, c. 81 ss. – che contiene alcune proposte per riforme radicali della giustizia civile solo in parte, circa trent’anni dopo, accolte: fra queste, la generalizzazione del giudice unico in prima istanza, e l’immediata esecutività della sentenza di primo grado.

grandi valori e per la riforma: in altre parole, la sua visione profetica. Come Cappelletti scrive in quell'ultimo suo libro che ho ricordato poco sopra,

Il comparatista [...] è il solo possibile profeta 'scientifico'. Profeta perché, sulla base dell'indagine compiuta, può mettere in luce tendenze evolutive [...] [Ma] profeta 'scientifico', proprio perché la sua predizione del futuro è basata non su preferenze, idiosincrasie, intuizioni o 'illuminazioni' personali, ma sui risultati di una analisi concreta della realtà sociale¹⁷.

E in un successivo capitolo del medesimo libro, dedicato a quell'esame di coscienza già ricordato, egli scrive della sua opera:

mi sarebbe difficile indicare anche una sola delle mie pubblicazioni giuridiche [...] la quale non sia stata ispirata da una *critica* della situazione – ossia dalla constatazione di un problema da risolvere – e da un *progetto* di soluzione e quindi di riforma¹⁸.

È questa dote che lo portò, un anno prima che entrasse in funzione la nostra Corte costituzionale, a scrivere quel volumetto su cui mi sono appena soffermato¹⁹, sul bisogno di una tutela che per essere effettiva, necessitava di essere differenziata, "costituzionale", per i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella nostra Carta costituzionale, pensando a un ricorso diretto alla Corte sulla base dell'esperienza di altri ordinamenti. Quello sull'introduzione di procedure analoghe alla *Verfassungsbeschwerde* tedesca o all'*amparo* messicano, essenziali per perseguire l'interesse pubblico oltre che l'interesse privato, è un dibattito ricorrente nella dottrina italiana, ma sempre senza successo: laddove, come ricorda Marta Cartabia, tali procedure "hanno avuto molto successo nell'affermazione della cultura dei diritti umani, come è accaduto nel contesto della Convenzione europea"²⁰.

¹⁷ *Dimensioni*, cit., pp. 20-21.

¹⁸ *Ivi*, p. 158.

¹⁹ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit.

²⁰ M. CARTABIA, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 116.

Altrettanto visionario è il volume, assai fortunato e tuttora attualissimo, sul *Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, che esce quando ancora non si è verificata l'esplosione delle Corti costituzionali²¹. Il libro, sul quale hanno studiato generazioni di studenti, fiorentini e non solo, è importante per varie ragioni. Affascinante è il capitolo dedicato ai precedenti storici del controllo di costituzionalità. Senza nulla togliere alla nascita del costituzionalismo moderno, segnata dalla Costituzione degli Stati Uniti e dall'affermazione della supremazia della Costituzione stessa, scritta e rigida, rispetto alle leggi ordinarie, e dal famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), che sancisce il potere e il dovere dei giudici di disapplicare le leggi contrarie alla Costituzione, Cappelletti ci mostra che fin dall'antichità classica, fin dai *nomoi* (le leggi in senso stretto) e gli *psefismata* (i decreti) dell'antica Atene, si è sempre avvertita l'esigenza di una *lex superior*, cui le altre fonti dovevano uniformarsi e che potevano essere mutate solo attraverso procedure assai complesse (ecco un esempio chiaro della comparazione e del suo bisogno di storia, sempre strettamente connessi nell'itinerario intellettuale di Mauro Cappelletti). Ma lo studio si fa apprezzare soprattutto perché, pur in una dimensione assai contenuta (poco più di un centinaio di pagine), ha già un respiro planetario²², identifica e classifica i vari modelli di controllo di costituzionalità delle leggi, a cominciare dalla contrapposizione fra modello diffuso o americano e modello accentrato, austriaco, le loro ragioni, e la progressiva ibridazione, che avviene fra i due sistemi con le costituzioni del secondo dopoguerra, "le quali combinano le caratteristiche principali del modello accentrato kelseniano, pur riconoscendo ai giudici ordinari un ruolo importante nel processo costituzionale – ruolo che si esprime, nel giudizio incidentale, attraverso la *pregiudiziale di costituzionalità*, che aveva già colpito l'attenzione di Cappelletti"²³, in un suo studio di ta-

²¹ Il libro esce nel 1968, è più volte ristampato e tradotto in altre lingue. Particolarmente importante è stata la versione inglese, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

²² Nella recensione che gli dedicava in *Riv. dir. civ.*, I, 1969, p. 110, L. ELIA ne sottolineava l'insistenza sui nuclei comuni, sulla ricostruzione di un diritto universale o *jus commune* del controllo di costituzionalità.

²³ M. CARTABIA, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 118.

glio più processualistico, uscito nel 1957²⁴. L'ibridazione si coglie anche in altri aspetti dei due modelli di controllo: effetti *erga omnes* delle sentenze delle Corti costituzionali, che le sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, teoricamente *inter partes*, conseguono solo attraverso la propria autorità di precedente, ma anche effetti retroattivi in ambedue i modelli, salvo il rispetto dei c.d. effetti consolidati. Lo studio si completa contrapponendo il modello giudiziario – sia accentrato, che diffuso, che ibrido – al modello politico, che, all'epoca della pubblicazione dello scritto, vige (a parte qualche ipotesi particolare) in Francia, in ossequio a una rigida adesione alla teoria della separazione dei poteri e alla “conseguente inopportunità di qualsiasi interferenza del potere giudiziario nell'attività legislativa delle assemblee popolari”²⁵, e nell'Unione Sovietica, e paesi a essa collegati, la cui “idea base è invece proprio quella della negazione della separazione dei poteri, che si vogliono riuniti in un unico organo supremo, di diretta emanazione popolare”²⁶. Quello che Cappelletti ‘vede’ fin da allora è la tendenziale universalità del controllo giurisdizionale della conformità delle leggi alla Costituzione, che sia esso svolto da giudici o da corti speciali, e la marginalità del controllo politico, e il suo inevitabile declino come dimostra la progressiva evoluzione-trasformazione del modello francese iscritto nella Costituzione della V Repubblica, che oggi si avvicina decisamente

²⁴ Il libro cui ci si riferisce nel testo è uno dei libri che segnano l'inizio della carriera accademica di Cappelletti. Si intitola *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957. Scrive N. TROCKER, *Mauro Cappelletti*, cit., p. 162 ss., che quest'opera – ritenuta da F. CARNELUTTI “[P]er la difficoltà dell'argomento come per la finezza delle indagini [...] veramente una bella monografia” (*Riv. dir. proc.*, 1958, p. 228): “resta la più completa e approfondita trattazione dell'istituto in questione e che il lettore odierno, più che per la brillante ricostruzione della pregiudizialità costituzionale come categoria tecnico-processuale, apprezza per la rigorosa sistemazione del processo costituzionale come *giudizio* che non tanto si inserisce quale vicenda nell'*adjudication* del procedimento giudiziario individuale, ma è esso stesso *adjudication* [...], sapendo [...] che la critica più insidiosa... contro le varie forme di *judicial review of legislation* [...] può essere efficacemente affrontata proprio con l'argomento della natura *giudiziale* della procedura adottata per la formazione e la posizione del ‘comando’, giacché forza e a un tempo limite della funzione giudiziaria sono il rispetto di precise regole [...] sul piano procedurale e formale”.

²⁵ M. CAPPELLETTI, *Il controllo*, cit., p. 11.

²⁶ *Ibid.*

anch'esso alla famiglia del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi²⁷.

6. Dalle garanzie fondamentali del processo al “*Florence-Access-to-Justice-Project*”

Nel 1973 cura con Denis Tallon un grosso volume sulle *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*²⁸, frutto della prima grande ricerca internazionale promossa da Mauro Cappelletti sotto l'egida dell'*International Association of Legal Science* e dell'UNESCO, che raccoglie sedici rapporti nazionali scritti da autorevoli studiosi provenienti da ogni parte del mondo, e discussi, anche con la partecipazione di altri giuristi, nel corso di un convegno svoltosi a Firenze fra il 5 e il 9 settembre 1971. Il nuovo che da questa ricerca emerge è, innanzi tutto, la visione di una giustizia che va incontro a un processo di internazionalizzazione: certi diritti e garanzie fondamentali si estendono al di là dei confini nazionali, attraverso strumenti come la Convenzione Europea sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. In secondo luogo, la ricerca manifesta la presa di coscienza del grande mo-

²⁷ Nella Costituzione del 1958 il controllo affidato al *Conseil Constitutionnel*, poteva essere stimolato solo da alcune personalità politiche, era preventivo, e aveva sostanzialmente lo scopo di vigilare sul rispetto della nuova divisione delle competenze legislative tra parlamento (art. 34 della Costituzione che fissa in modo tassativo il “*domaine de la loi*”) ed esecutivo, cui l'art. 37 attribuisce un autonomo e fondamentale “*pouvoir réglementaire*”, esteso a tutte le materia non coperte da riserva di legge. Un'evoluzione, iniziata negli anni Settanta del secolo scorso, in via per così dire “giurisprudenziale”, dallo stesso *Conseil*, culmina con la legge di riforma costituzionale del luglio 2008, intitolata *De modernisation des institutions de la Ve République*, che, fra le altre riforme, introduce per la prima volta in Francia un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori affidato al *Conseil*, su rinvio incidentale da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, mentre i giudici inferiori si limitano a sollevare la questione agli organi di vertice, che valuteranno l'opportunità di investire il *Conseil*. Insomma, con il 2008, anche la Francia, si dota di un controllo che si può ormai definire “giudiziario”. Sul controllo di costituzionalità in Francia e la sua evoluzione, si veda la bella monografia di S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e “dialogo” tra Corti*, Napoli, 2016.

²⁸ Milano-Dobbs Ferry, NY.

vimento di positivizzazione della “higher law” e dei suoi principi naturali e fondamentali – tanto antichi da essere tradizionalmente assunti nelle due celebri massime latine, *nemo iudex in causa sua*, e *audiatur et altera pars* –, ora inclusi nelle Costituzioni di un numero crescente di ordinamenti. Infine, la ricerca estende al processo civile una riflessione fino ad allora rivolta al processo penale, il che comporta la necessità di andare oltre le garanzie formali e dare una risposta alla forte domanda di effettività e accessibilità a tutti nello stesso modo, indipendentemente dalle condizioni economiche o sociali. È in sostanza l’idea della socializzazione della giustizia civile, che emerge da questa ricerca insieme alla sua internazionalizzazione e costituzionalizzazione.

Fundamental Guarantees rappresenta l’inizio del monumentale lavoro che, praticamente, occuperà tutto il resto della vita di Cappelletti, sull’accesso alla giustizia nei suoi vari aspetti, tutti tesi a mettere in risalto la dimensione sociale del processo.

È infatti del 1975 il volume *Toward Equal Justice. A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*²⁹: il tema del costo del processo e dell’assistenza giudiziale e stragiudiziale ai non abbienti, mai prima di allora oggetto di una riflessione scientifica, giuridica e politica, assume, nell’approccio di Cappelletti una valenza fondamentale³⁰: se “democrazia significa anzitutto *partecipazione*”, che processo è quello in cui una parte è “nell’impossibilità di effettivamente partecipare” se non “un attentato contro ciò che di più essenziale si ha nel processo giurisdizio-

²⁹ L’opera, che comprende testo e materiali, è curata, oltre che da M. CAPPELLETTI, da J. GORDLEY e da E. JOHNSON, JR, ed è pubblicata a Milano-Dobbs Ferry, NY.

³⁰ Prima di Cappelletti assai scarna era la bibliografia sul tema del “gratuito patrocinio”: qualche voce di enciclopedia giuridica, e un manualetto, a carattere eminentemente pratico, di D. MARAFIOTI, *L’assistenza giudiziaria ai non abbienti*, Milano, 1960. Cappelletti aveva iniziato a manifestare interesse per il tema pubblicando su un periodico politico fondato nel 1963 da Ernesto Rossi e Ferruccio Parri, *L’Astrolabio*, il 12 maggio 1968, un articolo dal titolo *Gratuito patrocinio: le cavie della giustizia*, poi confluito con il diverso titolo *La giustizia dei poveri*, nel volume *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 547 ss. Vari altri scritti sull’argomento sono poi contenuti nel volume *Giustizia e società*, Parte III, Milano, 1972. Non è un caso, a mio parere, che questi scritti sulla dimensione sociale della giustizia appaiano nel momento in cui in tutto il mondo esplodeva il grande movimento della contestazione giovanile, che certamente ha avuto un’influenza decisiva sull’evoluzione della società e del diritto.

nale”³¹? *Toward Equal Justice* affronta il tema in una dimensione comparativa assai ampia, in un momento in cui molti ordinamenti affrontano e danno una risposta al problema sociale nel suo complesso, non solo economico – non l’Italia, peraltro, in cui il problema della parte povera ha continuato per molto tempo a essere affrontato nella ottocentesca prospettiva caritatevole (con l’eccezione delle controversie di lavoro, regolate dalla legge n. 533 del 1973, l’unica riforma in cui l’impegno, anche civile, di Cappelletti per il suo Paese è riuscito a tradursi in realtà, come lui stesso scrive, con una certa amarezza, nel suo ultimo libro)³².

Mentre usciva *Toward Equal Justice*, Cappelletti inaugurava, proseguendo il filone della effettività delle garanzie, un grandioso progetto sull’accesso alla giustizia. Decine di giuristi, sociologi, politologi, antropologi, provenienti da ogni parte del mondo, sono chiamati a raccolta da Cappelletti per partecipare al *Florence Access-to-Justice Project*. Sono del 1978-79 i sei tomi che concludono la ricerca scandagliando in una dimensione comparativa ormai planetaria i vari aspetti del tema. Viene così alla ribalta in tutta la sua complessità il problema degli utenti della giustizia, e degli ostacoli che essi incontrano sulla via di un’effettiva tutela dei loro diritti: i costi, i tempi, e in generale gli “ostacoli – economici, culturali, sociali, che tanto spesso si frappongono fra il cittadino che domanda giustizia e il procedimento inteso a concederla”³³. Naturalmente, anche in questo progetto viene ripreso il tema del “legal aid for the poor”, di cui si è appena parlato, che costituisce la c.d. *first wave*, la prima ondata del movimento mondiale per rendere effettivi i diritti³⁴. Il secondo aspetto, che costituisce la *second wave* del ‘movimento’ è quello degli interessi collettivi, superindividuali, diffusi, che

³¹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 165.

³² ID., p. 158. Oggi, la materia dell’assistenza giudiziaria ai non abbienti è regolata dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo Unico in materia di spese di giustizia) e successivi aggiornamenti, sostanzialmente basato sulla disciplina contenuta nella legge n. 533 del 1973, sulle controversie di lavoro e previdenziali.

³³ ID., p. 164.

³⁴ Traduco nel testo parzialmente il titolo del rapporto introduttivo alla ricerca, scritto da M. CAPPELLETTI e B. GARTH, che suona così: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice*, Milano-Alphenandenrijn, 1978, Vol. 1, Bk 1, p. 3 ss.

Cappelletti definisce espressione della “povertà organizzativa”. Qui il problema o bisogno sociale è quello di costruire forme di tutela capaci di rompere l’isolamento della singola vittima, di rendere quindi possibili nuove forme di tutela. A fronte della crescente importanza dei problemi legati alla produzione di massa, all’inquinamento ambientale, che mal sopportano le antiquate concezioni individualistiche della legittimazione ad agire, servono invece nuovi tipi di azione – la cui espressione più compiuta è quella della *class action* dell’esperienza statunitense³⁵ –, che stentano a prendere quota in molti ordinamenti, specialmente di *civil law*, e una conseguente necessaria evoluzione delle garanzie da garanzie individuali a garanzie sociali o di gruppo.

³⁵ Vedi, per la sua disciplina normativa, la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, nella sua riformulazione del 1966. In proposito, è interessante ricordare come nell’arco di poco più di un anno, fra il 1974 e il 1975, ben due convegni sul tema vengono organizzati in Italia, uno da Vittorio Denti a Pavia nel 1974 (i cui atti, a cura del promotore del convegno, furono pubblicati nel 1976, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova), l’altro a Salerno nel 1975 dall’Associazione italiana di diritto comparato, di cui Mauro Cappelletti è allora il presidente, mentre Vittorio Denti siede nel consiglio direttivo (A. GAMBARO curò la pubblicazione degli atti: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976). Sempre nel 1974, si svolse a Teheran il IX Congresso dell’*International Academy of Comparative Law*. Mauro Cappelletti fu il *General Reporter* della sessione intitolata *The Role of the Ministère Public in Civil Proceedings*. Bene, Cappelletti chiese ai *National Reporters* di andare oltre il titolo, non solo e non tanto perché molti ordinamenti non conoscono la figura del *Ministère public*, ma anche e soprattutto perché il *Ministère public*, laddove esistente, non era attrezzato, sotto molteplici profili, a tutelare quel nuovo tipo di interessi superindividuali, collettivi, diffusi, che Cappelletti voleva in realtà porre al centro della sua riflessione. Ecco quindi che il discorso si apre a soluzioni ulteriori e diverse rispetto al “Public (governmental) Attorney General” (il *Ministère public* principalmente, ma non esclusivamente), quali quella del “Private Attorney General”, in cui è un individuo che si erge a campione di una classe dai contorni indefiniti o del pubblico, o dell’“Organizational Attorney General”, in cui si attribuisce a organizzazioni o a gruppi organizzati il compito di agire in giudizio quali rappresentanti di interessi pubblici, collettivi, di gruppo. L’idea che si volle affermare è quella della tutela collettiva, la cui espressione più compiuta è quella della *class action* contrapposta al tradizionale *private rights model*. Quel “General Report” fu pubblicato nel M. CAPPELLETTI, J. A. JOLOWICZ (a cura di), *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, NY, 1975.

La capacità di intuizione di Cappelletti lo porta poi a individuare la *third wave* dell'accesso alla giustizia, in una galassia sempre in movimento di strumenti e tecniche (è quello che lui chiama "access-to-justice-approach"), divenute sempre più attuali e diffuse nella realtà odierna con il nome di "Alternative Dispute Resolution" – celeberrimo è l'acronimo ADR, con cui il movimento viene di norma identificato. Si assiste oggi a una vera e propria corsa all'ADR, ma ormai diversa da quella che usciva dalle pagine di "Access to Justice". Accanto all'entusiasmo per il fenomeno, è diffusa la sensazione che possa essere in atto una sorta di privatizzazione della giustizia, e che l'ADR abbia trasformato la questione dell'accesso alla giustizia, attribuendole finalità prevalentemente deflattive, cercando di limitare il più possibile l'accesso alle corti. Siamo piuttosto lontani dalla visione di Cappelletti, secondo il quale la terza ondata avrebbe dovuto accompagnarsi alle prime due ondate dell'accesso, e non sostituirsi a esse, nell'ottica di migliorare l'accesso alle corti. L'idea era cioè quella di offrire strumenti destinati a diversificare e arricchire l'offerta di giustizia, funzionali a indirizzare determinati bisogni di tutela verso strutture diverse dal processo e ritenute più idonee (è la "justice in many rooms", la giustizia plurale), destinati a integrare, senza escluderli, gli strumenti delle prime ondate e la giustizia ufficiale, tutti utili in funzione dell'accesso, pur nella consapevolezza che possono comportare un approccio diverso al tema delle garanzie³⁶. Il nostro ordinamento ha optato – recependo la Direttiva del CE/2008/52 con il d.lgs. n. 28 del 2010 – per l'introduzione di una mediazione, da esperire obbligatoriamente in certe materie a condizione di procedibilità, che fra l'altro non ha dato risultati esaltanti³⁷, sicché è

³⁶ Si veda, se si vuole, il mio *La cultura dell'ADR: una comparazione fra modelli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 495 ss.

³⁷ Anche la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021* del Presidente P. CURZIO (visibile al sito www.cortedicassazione.it) conferma quanto detto nelle relazioni degli anni precedenti, e accenna alle varie possibili cause della ridotta incidenza: "percezione della mediazione come forma di 'denegata giustizia' con aggravio di ulteriori costi sia economici che umani"; necessità di "promuovere un processo di evoluzione culturale in materia di mediazione" allo stato non sufficiente; si considera la mediazione come ancillare al processo (condizione di procedibilità) anziché mettere in evidenza "come la mediazione può sviluppare tutte le sue potenzialità laddove vi si ricorra... per la sua autonoma valenza di misura di soluzione dei conflitti". In positivo,

auspicabile che l'attuazione della legge delega sulla riforma della giustizia civile possa potenziare gli strumenti alternativi, e portarli ad affiancare la giurisdizione piuttosto che contrapporsi a essa, secondo la visione cappellettiana.

7. "L'età dei sogni dogmatici è terminata"

Se comparazione come politica del diritto e *vision* sono le caratteristiche fondamentali della vicenda cappellettiana, non può sorprendere che il Maestro, anche quando esce da temi quali quelli dell'accesso, sia un processualista poco incline, e comunque poco interessato, alle costruzioni dogmatiche, alle categorie e ai concetti fini a sé stessi, quanto piuttosto alla funzione del processo e al suo sostrato ideologico. L'esempio viene dagli studi sull'oralità, vista, insieme alla critica di antiquate regole di esclusione della prova (la testimonianza delle parti e di altri soggetti interessati, ossia probabilmente delle persone meglio informate sui fatti della causa, cui Cappelletti dedica due poderosi volumi, il se-

la Relazione rileva come attraverso la mediazione "si può evitare che la conflittualità perduri oltre la definizione della singola controversia [...] e si riconosce una progressiva crescita nell'applicazione della stessa [la mediazione] che può concorrere in modo significativo a un diffuso mutamento culturale, a una diversa prospettiva delle relazioni sociali, improntate a un maggior rispetto per l'altro, al recupero di effettività dell'amministrazione della giustizia, con ricadute positive dal punto di vista economico-competitivo del nostro Paese". In tal modo, sempre continuando a leggere la Relazione, l'ADR "viene ad affiancarsi e non a contrapporsi alla giurisdizione, di talché anche il giudice, attraverso la mediazione demandata ed esperendo direttamente la conciliazione può concorrere [...] agli obiettivi condivisi di tempestività e di soluzione del conflitto, oltre che di definizione del procedimento" (le citazioni sono dal paragrafo 2.7 della Relazione, spec. p. 36). Naturalmente, sull'ADR incidono anche la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e successivi decreti attuativi sulla riforma della giustizia civile, la c.d. Riforma Cartabia. Osserva in proposito il Presidente Curzio "come, nel più complesso impianto riformatore, oltre ad ampliare le fattispecie di mediazione obbligatoria, si intende valorizzare e incentivare la mediazione demandata al giudice" (ID., p. 40). Potrebbe favorire la indispensabile partecipazione personale delle parti la previsione che la mediazione e la negoziazione assistita (in cui l'attività *lato sensu* conciliativa è condotta dai difensori) "possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto" (*ibid.*).

condo dei quali dal taglio comparatistico)³⁸, come strumento essenziale a favorire la concentrazione, e quindi la rapidità del processo, ma anche una migliore qualità³⁹.

Nella Premessa a *Processo e ideologie*, una raccolta di scritti pubblicata nel 1969 e già ricordata in questo scritto, Cappelletti afferma di voler

mettere radicalmente in contestazione un metodo di studio tipicamente scolastico, dogmatico e formalistico, inteso alla ricerca di una scienza “pura” e ideologicamente neutrale [...] entro certi limiti tuttora prevalente nel nostro Paese; [...] e di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza [...] di scelte creative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni⁴⁰.

Tutto questo, e anche di più, è stato Mauro Cappelletti, quale lo ha vissuto non solo uno studioso, ma un allievo che neppure oggi, superati gli 80, cessa di essergli grato per tutto quello che gli ha donato. E invece la sua visione planetaria, le sue virtù profetiche, l'attacco al formali-

³⁸ Significativo l'apprezzamento che un Maestro illustre e severo, Francesco Carnelutti, ebbe a scrivere sull'edizione provvisoria de *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1959, di cui era autore un giovane di trenta anni o poco più: “Questo libro mi piace per parecchie ragioni. Primo: è un libro frutto di una preparazione che più coscienziosa di così non potrebbe essere [...] Secondo: è un libro chiaro; non c'è pagina, che rechi traccia del linguaggio gonfio, presuntuoso e spesso incomprensibile, che dilaga purtroppo in quella che, a imitazione dell'arte, potrebbe chiamarsi *scienza astratta del diritto*. Terzo: è un libro appassionato; e la passione non è quella dei concetti, ma degli istituti, ossia della loro rispondenza a ciò che il processo deve essere, un mezzo per servire la giustizia” (*Riv. dir. proc.*, 1959, p. 610).

³⁹ Vedi M. CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 159.

⁴⁰ P. VII. Sono da ricordare, a proposito del Cappelletti contestatore, le espressioni di grande stima che gli riservò un giurista pur di diversa formazione della statura di Vittorio Colesanti in una recensione a *Processo e ideologie*, quando lo definì “uno studioso destinato a ‘fare scuola’, per l'impegno morale, per il rigore di metodo e di pensiero, e per l'invito costante a ‘calarsi’ nella realtà del mondo contemporaneo e affrontare in questa prospettiva – il che vuol dire [...] alla luce della storia – i problemi di fondo del processo” (*Riv. dir. proc.*, 1, 1969, p. 290).

simo e al dogmatismo (“[L’]età dei sogni dogmatici è terminata”)⁴¹, uniti a una notevole *vis* polemica e a certe asperità del suo carattere, ne hanno fatto un personaggio scomodo, che non ha raccolto in Italia quello che il suo impegno (anche civile) avrebbe meritato⁴² – e che avrebbe potuto rendere migliore questo paese – anche se non gli sono mancati il rispetto e la stima di alcuni fra gli studiosi più autorevoli e aperti⁴³.

⁴¹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., p. 183.

⁴² Cappelletti stesso ne prende atto realisticamente: “Non dico [...] che le mie proposte abbiano avuto molto successo in Italia: eccezion fatta per la riforma del processo del lavoro... una riforma che all’inizio fu ferocemente criticata da molti miei colleghi italiani, che spesso sono tenacemente attaccati allo *status quo*”: *Dimensioni*, cit., p. 158.

⁴³ Penso, naturalmente, al suo rapporto fraterno con Vittorio Denti, con il quale ha condiviso metodi, impegno civile e ideali, ma penso anche a giuristi illustri che ho ricordato in questo lavoro, quali Francesco Carnelutti (n. 38) e Vittorio Colesanti (n. 40).

ALCUNE CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUI CARTEGGI DI MAURO CAPPELLETTI CON ALCUNI GIURISTI ITALIANI

Andrea Becherucci

1. Introduzione

Le carte di Mauro Cappelletti (1927-2004) sono giunte agli Archivi Storici dell'Unione europea di Firenze nel 2014 per volontà della figlia Matelda.

Non è questa la sede per dilungarsi sulla biografia scientifica di Cappelletti, se non per ricordare che il giurista è stato recentemente definito “one of the outstanding comparative constitutional scholars of the twentieth century in Italy and worldwide”¹. Scopo di questo contributo è dar conto, seppur sommariamente, della ricchezza del carteggio conservato nel fondo Cappelletti.

Detto carteggio si compone di due parti: l'una dedicata alle corrispondenze scambiate con i giuristi italiani e l'altra ai giuristi stranieri. Questa indagine riguarda i giuristi italiani e prende in esame due studiosi che fanno parte della generazione dei maestri di Cappelletti, Norberto Bobbio e Arturo Carlo Jemolo, accomunati tra loro anche da un comune ‘idem sentire’ per ciò che riguarda la concezione della società e dello Stato e il figlio di Piero Calamandrei, Franco, a testimonianza degli intensi rapporti conservati dal giurista trentino con la famiglia del suo Maestro.

L'importanza delle carte d'archivio per la ricostruzione della vita e del pensiero di un giurista è acquisizione tutto sommato abbastanza recente da parte della storiografia. Fino a non molti anni fa il giurista po-

¹ M. CARTABIA, *Mauro Cappelletti: One of the “precious few” of our generation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 14, 2016, p. 464; si veda anche *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2016, dedicato alla figura e all'opera di Mauro Cappelletti.

sitivo riteneva di poter fare a meno degli archivi limitandosi a lavorare sulle opere del tal giurista o sulle speculazioni che altri giuristi a loro volta avevano elaborato a partire da tali opere. Solo in tempi a noi più vicini è cresciuta anche in Italia una sensibilità per il dato prosopografico come testimonia un'opera come il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*² che mette in luce anche quanto la figura del giurista – soprattutto nel XX secolo – si sia professionalizzata, legandosi, oltre che all'insegnamento universitario, anche alle vicende dell'amministrazione e della politica³.

2. Cappelletti e Franco Calamandrei

Il carteggio professionale di Mauro Cappelletti con studiosi italiani è estremamente ricco e variegato comprendendo corrispondenti di almeno tre stagioni diverse: i maestri, nati fra il 1890 e il 1920, i coetanei, nati fra il 1925 e il 1940 e i giovani nati fra il 1945 e il 1960. Quanto poi ai settori disciplinari coinvolti, non vi è una netta predominanza di costituzionalisti e processualciviliisti ma un amplissimo ventaglio di studiosi accomunati dall'interesse per la comparazione.

Ciò detto, prenderemo in esame i carteggi con Franco Calamandrei, Bobbio e Jemolo. Gli ultimi due sono vicini a Cappelletti anche per sensibilità politica: Bobbio aveva militato nel Partito d'Azione e come lo studioso di diritto ecclesiastico si riconosceva in una sinistra laica e democratica. La biografia di quest'ultimo, tuttavia, aveva conosciuto alcuni episodi di cedimento alla dittatura negli anni Trenta⁴, fino a rimettersi dolorosamente in discussione in alcune opere autobiografiche

² *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da I. BIROCCHI, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, 2013.

³ Ho sviluppato queste osservazioni in A. BECHERUCCI, *Gli archivi dei giuristi: alcune considerazioni introduttive*, in *Nomos* 2, 2018.

⁴ C. FANTAPPIÈ, *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 183; S. LARICCIA, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Roma, 2015, pp. 32-43; Id., *Jemolo e il diritto ecclesiastico*, in B. SERRA (a cura di), *Libertà, dubbio, coscienza morale (1891-1981)*, Bologna, 2022, pp. 75-150, spec. pp. 80-110.

della maturità che si configurano come “una sorta di esame di coscienza personale e collettivo”⁵. Mauro Cappelletti partecipa giovanissimo alla Resistenza in Trentino come alla Resistenza partecipa nella piemontese Val Chisone Rodolfo Sacco, di quattro anni più anziano di Cappelletti (e forse sarebbe opportuno riflettere sul comune passato resistenziale dei due maggiori comparatisti italiani del dopoguerra e considerare se quest’esperienza non abbia avuto ricadute significative sul loro percorso di studi)⁶. Si trasferisce a Firenze nel 1946 per proseguire gli studi prima iscrivendosi alla facoltà di Lettere e Filosofia e poi a quella di Giurisprudenza, dove entra in contatto con Piero Calamandrei e – attraverso questi – con la cultura politica del Partito d’azione, facendo la conoscenza di Tristano Codignola, Enzo Enriques Agnoletti e le altre figure che ruotano attorno alla rivista *Il Ponte*; fa, inoltre, propria la lezione dell’ormai anziano Gaetano Salvemini rientrato nel 1949 a Firenze dopo il ventennale esilio negli Stati Uniti. Fra queste frequentazioni si inserisce anche la corrispondenza con il figlio di Calamandrei, Franco che è più anziano di lui di dieci anni.

La prima lettera del carteggio è del figlio di Piero Calamandrei e risale al 19 maggio 1969; Franco è senatore del PCI nella quinta legislatura (1968-1972)⁷. L’occasione per la missiva è il ricevimento da parte di Franco del libro di Cappelletti ‘Processo e ideologie’⁸ la cui lettura – assicura Franco, membro della commissione Esteri del Senato ma laureato a sua volta in giurisprudenza – avrebbe rappresentato un diversivo vivificante rispetto alle letture che gli si imponevano con urgenza in virtù della carica ricoperta, ossia libri “di storia e memorialistica della politica estera e di problematica internazionale attuale” per farlo riflet-

⁵ A.C. JEMOLO, *Anni di prova*, Vicenza, 1969, pp. 121 ss.

⁶ B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016.

⁷ Per ricostruire la figura di Franco Calamandrei, il suo impegno politico e la sua passione per la letteratura è consigliabile la lettura dei suoi diari, R. BILENCI, O. CECCHI (a cura di), *F. Calamandrei, La vita indivisibile. Diario 1941-1947*, Roma, 1984; S. CALAMANDREI, A. GALANTE GARRONE (a cura di), *Le occasioni di vivere. Diario e scritti 1975-1982*, Firenze, 1995 e il volume A. CASELLATO (a cura di), *Una famiglia in guerra. Lettere e scritti (1936-1956)*, Roma-Bari, 2008.

⁸ Il libro raccoglie saggi già pubblicati sul tema del processo.

tere “su che cosa sia diritto, su che cosa sia giusto etc. etc. nei rapporti fra i popoli e le nazioni”⁹.

Riguarda invece il progetto di riforma universitaria in discussione al Senato la lettera che Cappelletti spedisce a Franco Calamandrei il 9 marzo 1971 con la richiesta d'intervenire sull'articolo 26, con il quale si imporrebbe ai docenti di non porsi in congedo – nell'arco di dieci anni – per un periodo complessivo superiore a 18 mesi. Cappelletti vi vede il rischio per i docenti di rinchiudersi in un provincialismo autoreferenziale, che avrebbe impedito agli studiosi di entrare in contatto con i fermenti più vivi della cultura internazionale, contatti dai quali – scrive il giurista trentino – “abbiamo soltanto da trarre vantaggio, e uno dei nostri compiti più importanti sul piano culturale e anche sul piano politico e della coesistenza e comprensione dei popoli, è quello di stimolarli in ogni maniera”¹⁰. Del risultato di questa battaglia si dà conto in un successivo scambio epistolare dal quale si evince che, nonostante PCI e PSIUP avessero presentato degli emendamenti al testo, questi non erano stati approvati anche grazie alla contrarietà espressa dal relatore sul provvedimento, il senatore democristiano Ermenegildo Bertola e dal sottosegretario alla Pubblica Istruzione, Pier Luigi Romita.

Nella primavera-estate del 1976, è presente uno scambio di lettere tra i due relativo alla notizia della pubblicazione del sesto e settimo volume delle *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei presso l'editore napoletano Morano, oltre all'avviso della traduzione in giapponese delle lezioni messicane raccolte nel volume *Processo e democrazia*. Franco Calamandrei risponderà a Cappelletti con parole piene di gratitudine, ma lamentandosi, al contempo, dell'irrisolutezza degli amici del *Ponte* per la loro assenza nella preparazione delle celebrazioni del ventennale della morte del giurista fiorentino e, in particolare, per le lentezze e i ritardi che avevano costellato il percorso di pubblicazione del *Diario*.

Finalmente, il 23 luglio 1979, Franco Calamandrei può annunciare a Cappelletti la prossima uscita del *Diario* di Piero. In realtà, per poter leggere il *Diario* occorreranno ancora tre anni, quando questa preziosa testimonianza sarà pubblicata dalla *Nuova Italia*, a cura di Giorgio

⁹ Archivi Storici dell'UE, Firenze, dossier 173, lettera di F. Calamandrei a M. Cappelletti, 19 maggio 1969.

¹⁰ ASUE, dossier 173, lettera di M. Cappelletti a F. Calamandrei, 9 marzo 1971.

Agosti e Alessandro Galante Garrone e con una nota di Franco, che mancherà pochi mesi dopo.

L'ultima lettera di Cappelletti è indirizzata alla vedova di Franco, Maria Teresa Regard¹¹ e alle figlie Silvia e Gemma. Cappelletti riceve la notizia della scomparsa di Franco con mesi di ritardo, al suo ritorno a Firenze dagli Stati Uniti, dove si era trattenuto cinque mesi. Ne ha contezza leggendo le pagine del *Ponte*.

A testimonianza del rapporto di stima e di amicizia che legava Cappelletti alla famiglia Calamandrei, si congeda da Franco con queste parole:

il Diario: è bene che sia uscito ora, proprio ora. Nonostante tutto il rimpianto, è bene che 'Padri' e 'Figli' ci parlino così, a distanza, quasi uniti nella trasfigurazione di ideali, sentimenti, pensieri che proprio la fisica lontananza rende ancor più luminosi¹².

3. Cappelletti e Norberto Bobbio

Il carteggio di Cappelletti con Norberto Bobbio inizia il 25 febbraio 1966 con una lettera del filosofo torinese indirizzata, in realtà, non a Cappelletti, ma al giurista americano John Henry Merryman, che aveva pubblicato nel 1965 sulla *Stanford Law Review* il primo di tre articoli dedicati a *The Italian Style* il cui scopo era "to open the way to the study of Italian law and, through it, the civil law system"¹³. Questo articolo e i due che seguirono dedicati rispettivamente a *Law e Interpretation*, facevano parte del lavoro che sarebbe uscito nel 1967 *Introduction of the Italian Legal System* di Cappelletti, dello stesso Merryman e di Joseph Perillo. Nel primo di questi articoli Merryman faceva ampio riferimento all'opera di Bobbio che dopo averlo ricevuto così scrive al suo interlocutore:

¹¹ M.T. REGARD, *Autobiografia 1924-2000. Testimonianze e ricordi*, Milano, 2010.

¹² ASUE, dossier 173, lettera di M. Cappelletti alla famiglia Calamandrei, 23 marzo 1983.

¹³ J.H. MERRYMAN, *The Italian Style I: Doctrine*, in *Stanford Law Review*, 18, 1965, p. 39.

Ho letto le sue pagine con vivissima curiosità e ne ho riportato un'ottima impressione. Il suo articolo è utile anche agli italiani, forse ancor più ai lettori italiani che non a quelli di lingua inglese, perché costituisce una specie di specchio in cui possiamo finalmente guardarci per contemplare le nostre virtù e i nostri difetti (credo, tutto sommato, più difetti che virtù). I giuristi, per il carattere stesso della loro scienza, vivono chiusi nei confini nazionali e sono portati a credere che il loro modo di studiare il diritto sia l'unico modo possibile. Non c'è modo migliore per risvegliarli dal loro sonno dogmatico che mettere a confronto il loro stile con quello di altri e far vedere, come lei ha fatto molto bene nel suo studio, che il loro stile è condizionato da ragioni storiche e non costituisce affatto un modello di valore assoluto [...] solo un'apertura di orizzonti e uno scambio di idee tra giuristi appartenenti a diversi sistemi possono rendere il grande servizio di impedire la formazione di opposti dogmatismi¹⁴.

Nel 1969, dopo aver ricevuto copia del libro *Processo e ideologie*, Bobbio spende per il giovane Cappelletti parole lusinghiere:

La ringrazio del libro, che raccoglie saggi che in parte conoscevo già e meritavano di essere raccolti. [Avevo avuto occasione di leggere le cose sue quando ero stato chiamato a far parte della Commissione per il premio dei Lincei]. Tra le opere della giovane generazione di giuristi i suoi saggi spiccano per chiarezza metodologica e per l'indicazione di una linea di orientamento, che la bella premessa mette in viva luce. Un libro come il suo aiuta quelli della mia generazione, che si sentono coinvolti più di ogni altro nella crisi di valori cui lei accenna, a veder chiaro, a non restare indietro, a non lasciarsi prendere dallo sgomento e dalla sfiducia. Anche per questo le sono grato¹⁵.

All'inizio del 1977, Bobbio riceve in visione da Cappelletti il manoscritto della voce *Giustizia* redatta dal giurista trentino per l'Enciclopedia del Novecento della Treccani. Nell'esordio della trattazione, Cappelletti indica al lettore quale vuol essere la chiave di lettura da lui adoperata:

il valore 'giustizia' come ogni altro valore – inclusi quelli di libertà e di uguaglianza, che sono frequentemente collegati e talora identificati con

¹⁴ ASUE, dossier 172, lettera di N. Bobbio a J.H. Merryman, 25 febbraio 1966.

¹⁵ *Ibidem*.

quello della giustizia – non può essere utilmente esplorato in astratto, ma soltanto nelle sue concrete realizzazioni. Il nostro interesse sarà attratto pertanto da fatti, eventi e istituti sociali, concreti e reali: dalla ‘fenomenologia’, piuttosto che dalla ‘teoria’¹⁶.

Il filosofo torinese non sembra molto convinto dalla scelta di Cappelletti; egli accenna al fatto che il termine è polisemico e che la voce redatta da Cappelletti potrebbe indurre in errore chi la leggesse. Bobbio fa notare che la distinzione non è tanto fra teoria e fenomenologia, ma fra due significati diversi della stessa parola, come si evincerebbe dalla traduzione del termine in tedesco, riconducibile alle parole *Justiz* e *Gerechtigkeit* e rimproverando a Cappelletti di avere puntato la propria attenzione unicamente alla *Justiz*; aggiunge Bobbio che la ‘giustizia costituzionale’ e la ‘giustizia internazionale’ farebbero riferimento alla *Gerechtigkeit* mentre la ‘giustizia sociale’ assumerebbe il significato della *Justiz* per quanto – aggiunge –

poi tu lo illustri ancora una volta attraverso esempi di giustizia nel secondo, cioè attraverso innovazioni processuali o ancora, dell’amministrazione della giustizia. È infatti nella terza parte che a mio parere si vede meglio il contrasto tra i due aspetti: il problema della giustizia sociale è un problema che non può essere chiarito se non si definisce che cosa s’intende per giustizia ecc. (eguaglianza? Quale tipo di eguaglianza? Eguaglianza formale? Giuridica? Delle opportunità ecc.? eguaglianza fra chi e rispetto a che cosa? Ecc.); gli istituti di cui tu parli, viceversa, riguardano problemi di amministrazione della giustizia, dei quali si può dire tutt’al più che mirano a realizzare una maggiore ‘giustizia sociale’; ma proprio nel momento stesso in cui parli di meccanismi o di istituti processuali tendenti all’attuazione di una maggiore giustizia, sottintendi e sottolinei la diversità dei due significati¹⁷.

Pochi giorni dopo, tuttavia, Bobbio torna sulla valutazione dello scritto di Cappelletti per riformulare meglio il proprio giudizio ridefinendo i termini della questione pur mantenendo le sue riserve sull’impostazione del lavoro del giurista trentino:

¹⁶ M. CAPPELLETTI, *Giustizia*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia italiana, 1978.

¹⁷ ASUE, dossier 172, lettera di N. Bobbio a M. Cappelletti, 2 febbraio 1977.

Per dirla di nuovo in breve, per problema della giustizia come *Gerechtigkeit* s'intende di solito il problema, anzi i problemi della giusta legge, della giusta pena, del giusto salario, della giusta indennità, della giusta tassazione, della giusta distribuzione della ricchezza o del potere o di qualsiasi altro bene o servizio ecc. Quando si usa il termine "giusto" in tutti questi contesti che cosa si vuol dire? A che cosa si mira? Vi sono criteri e quali per distinguere una soluzione giusta da una ingiusta? Tu ha il diritto di dire che questi problemi non t'interessano, ma non puoi non riconoscere che sono problemi diversi da quelli dell'estensione del controllo giurisdizionale alle leggi ordinarie o nei rapporti internazionali o della protezione degli interessi diffusi ecc. [...]

Insomma, se tu hai avuto l'impressione che io avessi dato un giudizio negativo del tuo saggio, ti prego di credere che questa non era la mia intenzione¹⁸.

La risposta di Cappelletti alle osservazioni di Bobbio è nella lettera che il giurista trentino scrive il 7 marzo 1977. Cappelletti affronta con vigore i rilievi mossi dal filosofo torinese mettendo in evidenza che trova ozioso discutere sul tema della "giustizia come valore, o principio o virtù" dovendo piuttosto limitarsi agli esempi concreti di ciò che è giusto e ciò che non lo è, e aggiunge:

Io mi sono chiesto: quali sono i problemi più cruciali del Novecento? La risposta è stata: l'oppressione, la guerra fra le nazioni, la povertà e l'ineguale distribuzione della ricchezza. Sono quindi passato all'esemplificazione concreta degli sforzi fatti, o in corso, o da farsi, per risolvere quei "problemi di giustizia" e mi è parso giusto, oggi, un sistema di giustizia costituzionale che protegga contro l'oppressione; giusto un sistema di giustizia internazionale che tenda a garantire la pace, ecc. [...] Preciso peraltro che i miei esempi non sono quelli del giurista positivista e nazionale. Ho cercato, al contrario, di fare ciò che a mia conoscenza pochissimi giuristi stanno facendo al giorno d'oggi, ossia di appoggiare la mia analisi su esempi di carattere comparativo, di validità soprannazionale e tendenzialmente universale, e di esaminare quindi le grandi tendenze evolutive dell'umanità che è il solo modo serio, suppongo, di prevedere il futuro nella storia dell'uomo, e quindi, nel campo esaminato di dire che cosa sia giusto per l'oggi e per il domani¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ASUE, dossier 172, lettera di M. Cappelletti a N. Bobbio, 7 marzo 1977.

4. Cappelletti e Arturo Carlo Jemolo

Risale al 1966 anche il primo contatto epistolare di Cappelletti con Jemolo, motivato dalla richiesta di Walter Bigiavi di avere per la rivista *Giurisprudenza italiana* da lui diretta un articolo su Calamandrei a margine dell'uscita del primo volume delle *Opere giuridiche*, per il quale Cappelletti pensa all'anziano Maestro del diritto ecclesiastico. Il primo volume delle *Opere giuridiche* di Calamandrei era dedicato ai "problemi generali del diritto e del processo" e spaziava dal lavoro giovanile sulla "Genesi logica della sentenza civile" del 1914 – caratterizzato da un severo dogmatismo – alle lezioni messicane – pubblicate nel 1954 – in cui trovano spazio suggestioni che sembrano compendiare l'intero itinerario scientifico e civile del Maestro fiorentino.

Jemolo sembra a Cappelletti lo studioso che, con maggior aderenza al pensiero di Calamandrei, avrebbe potuto scriverne. Cappelletti inoltra la richiesta a Jemolo commentando con queste parole la sua iniziativa:

Il mio convincimento è che un volume come questo sarebbe bastato, anche senza tutta l'altra immensa opera giuridica, politica e letteraria di Calamandrei, a fare del suo autore una delle massime figure di giurista del nostro secolo, in qualsiasi paese del mondo. Penso, in particolare, alle opere di un Holmes o di un Cardozo o, o più prossime a noi, di un Llewellyn, e mi domando quale risonanza avrebbero avuto questi scritti di Calamandrei se si fossero inseriti in un mondo meno chiuso, anche linguisticamente, del nostro²⁰.

Purtroppo il coinvolgimento di Jemolo non avrà seguito perché lo stesso, qualche giorno dopo, declinerà l'invito.

Il 7 luglio 1969 Jemolo indirizza una lunga lettera a Cappelletti dopo che questi gli ha inviato un plico contenente alcune sue pubblicazioni. In particolare Jemolo rimane colpito dal saggio *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*²¹, pubblicato proprio nel 1969 in cui Cappelletti auspica l'eliminazione del giudizio di appello nel processo civile. Jemolo pare aderire con entusiasmo alla proposta di Cappelletti:

²⁰ ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 6 ottobre 1966.

²¹ ASUE, dossier 441, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, estratto (originariamente in *Giurisprudenza italiana*, 5, 1969).

Pensi se non consento a tutto quel che scrive nel “parere iconoclastico”! Credo che ben pochi avvocati siano persuasi che le sentenze di appello siano sempre più fondate di quelle di primo grado, ed è una delle molte storture della nostra Costituzione (sa che io sono iconoclasta nel giudicarla severamente) avere garantito il rimedio della Cassazione per tutti i giudizi. Nella 2. Sezione, intere udienze sono dedicate a impianti di termosifone, aperture di porte in un condominio, scalette esterne di una casa di campagna, che nell’ultimo gradino sconfinano nel podere del vicino: salvo poi a non dare maggiore attenzione alle cause veramente importanti²².

Seguono interessanti osservazioni sullo scritto di Cappelletti *Povertà e giustizia*:

Quanto allo scritto “Povertà e giustizia” si deve essere d’accordo, ma non posso dimenticare che lo INAM ha per effetto di fare acquistare, più che consumare, medicine a chi non ne avrebbe bisogno; e non vorrei che la litigiosità non piccola degl’italiani fosse incrementata il giorno che avessero l’avvocato gratuito sotto mano; e vedo la difficoltà di assicurare un patrocinio serio, un avvocato che non sia cioè il medico della mutua. Per le domande e vertenze con gli enti pubblici, per il diritto del lavoro, esistono forme di patronato, e la stessa opera degli assistenti sociali dovrebbe svolgersi in questo senso (nei relativi corsi si fanno studiare elementi di diritto). Comunque amerei molto che il magistrato tra il 3° e il 5° o il 4° e il 6° anno di servizio, cambiasse di banco, cioè per due anni facesse l’avvocato dei poveri: che sarebbe ottima esperienza per lui²³.

Nella risposta alla missiva precedente, Cappelletti rivolge parole di stima e di affetto all’anziano giurista:

la sua lettera accompagnata dagli estratti, mi rallegra e mi commuove. Ho sempre sperato nel Suo consenso; a volte mi è perfino accaduto, cercando di raffigurarmi la persona ideale alla quale avrei voluto particolarmente indirizzare un certo discorso (non sempre soltanto giuridico), e nel continuo rammarico di vedere fisicamente vuoto il posto occupato, troppo brevemente, dal mio Maestro, di pensare a Lei come colui che meglio di tutti avrebbe potuto accogliere e stimolare il discorso

²² ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 6 ottobre 1969.

²³ ASUE, dossier 192, lettera di A.C. Jemolo a M. Cappelletti, 7 luglio 1969.

medesimo. Ora, questa lettera, che così generosamente Lei ha voluto inviarmi, realizza quella speranza. Gliene sono profondamente grato²⁴.

Sono temi, questi, che stanno molto a cuore al giurista trentino. Già nel maggio 1968 pubblica un duro e accorato articolo su *L'Astrolabio* diretto da Ferruccio Parri per la riforma del gratuito patrocinio²⁵, articolo che poi rielabora e ripubblica sul *Foro italiano* in ottobre dedicandolo alla memoria di don Lorenzo Milani, definitovi “il Maestro della Scuola dei poveri”²⁶; infine, torna ancora sull’argomento, sempre sul *Foro italiano*, nel giugno 1969. La passione civile e la sensibilità sociale che traspaiono da questi scritti li distingue, per esempio, da un lavoro coevo sullo stesso argomento, opera di un giurista progressista ugualmente impegnato nella difesa dei diritti dei più deboli come Alessandro Pizzorusso²⁷.

Nel merito delle questioni sollevate da Jemolo nella lettera precedente, Cappelletti riconosce il rischio di creare un “Istituto nazionale per la difesa e la consulenza del non abbiente”, che somigli a un carrozzone ingestibile qual era l’INAM se si fossero dovuti seguire i progetti britannici e americani in materia, tuttavia, per Cappelletti, il regio decreto fascista n. 3282 del 30 dicembre 1923 che regolava il gratuito patrocinio dei non abbienti rappresentava:

una delle piaghe più vergognose della vigente legislazione italiana e che più urgentemente invoca attenzione e cura²⁸ in ragione del fatto che il processo civile e penale è un fenomeno sociale di massa²⁹ [...] e come tale impone, dico, impone, un serio trattamento “sociale”, se è vero che

²⁴ ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 14 luglio 1969.

²⁵ M. CAPPELLETTI, *Gratuito patrocinio, le cavie della giustizia*, in *L'Astrolabio*, 12 maggio 1968, pp. 31 ss.

²⁶ M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, in *Il Foro italiano*, 10, 1968, pp. 114-120.

²⁷ A. PIZZORUSSO, *L'art. 24, 3° comma, della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *Il Foro italiano*, 1, 1967, pp. 1-8.

²⁸ M. CAPPELLETTI, *Gratuito patrocinio, le cavie della giustizia*, cit., p. 31.

²⁹ ASUE, dossier 441, *Il processo come fenomeno sociale di massa*, estratto, originariamente pubblicato sulla rivista *Il Ponte* 10, 1969, pp. 1234-1240. La sottolineatura è nel testo.

la caratteristica dello Stato moderno è di essere – o di volere e dovere essere – uno “Stato sociale di diritto”³⁰.

Questo lo si farebbe, secondo Cappelletti, tenendo in considerazione anzitutto la durata e il costo del processo, perché un procedimento eccessivamente lungo o costoso finirebbe per far soccombere la parte più debole. Sono temi la cui attualità risulta tuttora evidente³¹.

Intanto, alla fine degli anni Sessanta poteva ritenersi concluso il lungo negoziato che aveva visto i Sei Stati facenti parte della CEE convenire sulla creazione a Firenze dell’Università europea, un progetto che stava molto a cuore a Cappelletti. La notizia aveva provocato un articolo di Jemolo su *La Stampa*, in cui questi manifestava tutte le sue perplessità sullo sviluppo dell’integrazione e chiariva come egli ritenesse prematuri i tempi per una Università europea³². Cappelletti replica con una lettera – anch’essa pubblicata dalla *La Stampa* – per dimostrare, al contrario, la necessità della nuova istituzione a partire da esigenze pratiche anche in campo giuridico, come la

immediata esecutorietà nei vari Paesi dei regolamenti, delle decisioni e delle sentenze degli organi comunitari; conclusione di convenzioni comunitarie in campi di particolare interesse come il riconoscimento reciproco e automatico delle sentenze emesse dai giudici interni dei Paesi della Comunità; elaborazione di uno schema tipo di società per azioni europea³³.

³⁰ ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 14 luglio 1969. La sottolineatura è nel testo.

³¹ Riassume i termini del problema e le soluzioni adottate a F.A. GORIA, *Avvocazia dei poveri, Avvocatura dei poveri, Gratuito patrocinio: la tutela processuale dell’indigente dall’Unità ad oggi*, in *Rivista di storia, arte, archeologia per le province di Alessandria e di Asti*, 121, 2012, pp. 102-121 in particolare.

³² A.C. JEMOLO, *Non vedo quando si farà l’Europa*, in *La Stampa*, 15 settembre 1971. Cappelletti aveva chiesto al direttore de *La Stampa* Alberto Ronchey di poter replicare sulla stessa testata. Cfr. ASUE, dossier 206, lettera di M. Cappelletti ad A. Ronchey del 16 settembre 1971.

³³ M. CAPPELLETTI, *Perché un’Università europea?*, in *La Stampa*, 25 settembre 1971.

Jemolo risponde alle obiezioni con un'altra lettera, pubblicata accanto a quella del collega, in cui sostiene la necessità di mettere in comune la cultura scientifica (che per sua natura non può essere nazionale) mentre mantiene, invece, ampie riserve sulla cultura giuridica che esplicita in tre punti: a) l'assoluta prevalenza tra gli studenti delle facoltà di giurisprudenza di futuri avvocati e funzionari legati per lavoro alla nazione di origine; b) l'esigenza di aumentare nell'università italiana le cattedre di diritto comunitario purché questo sia accompagnato da un'ampia conoscenza del diritto nazionale; c) la possibilità di creare un'alta scuola di giurisprudenza per studiosi che vogliano approfondire il diritto comunitario e quello comparato, sempre che questo non vada a incidere in alcun modo sul finanziamento dell'università italiana; né vale per Jemolo il richiamo all'*Universitas studiorum* medievale in ragione del fatto che, al tempo, la κοινή διάλεκτος era il latino e che il diritto comune era applicato da tutti i popoli cristiani; condizioni irripetibili che avrebbero reso l'esperimento dell'Università europea destinato al fallimento³⁴.

Prima che *La Stampa* renda pubblica la polemica tra i due, Jemolo si rivolge a Cappelletti in una lettera in cui usa i toni accorati e pessimisti che chi ha letto lo Jemolo degli anni Settanta ben conosce:

Spero che *La Stampa* pubblichi la Sua lettera e la mia replica. Non confondiamo l'élite con la massa, e non speriamo troppo che la prima trascini la seconda; e rammentiamo la nostra inferiorità nazionale, di essere così restii a impadronirsi di lingue straniere (che invidia per slavi, ungheresi, cui è tanto facile divenire poliglotti). Sono lieto di essere fuori della Università e di non assistere alla sua demolizione; ma l'aiuto che Lei spera mi ricorda certe pagine di Giustino Fortunato: nel Mezzogiorno nulla da sperare dalla borghesia né dalla plebe; confidiamo nel funzionario settentrionale; povero Mezzogiorno, con quei moccoli è andato a letto al buio. Ella è un puro; mai io temo molto le cupidigie che si potranno scatenare intorno a questa Università europea³⁵.

³⁴ A.C. JEMOLO, risposta all'articolo di M. Cappelletti, *Perché un'Università europea?*, in *La Stampa*, 25 settembre 1971.

³⁵ ASUE, dossier 192, lettera di A.C. Jemolo a M. Cappelletti, 21 settembre 1971.

A stretto giro di posta segue la risposta del corrispondente:

La sua visione dell'Europa è certamente più concreta e delineata, contro una più sfumata e per dir così, futuribile. Ma è un futuro che siamo sempre più numerosi ad auspicare e che la realtà sembra imporre come unica alternativa alla soggezione culturale ed economica dell'Europa di fronte ai giganti americano, sovietico, cinese³⁶.

Quanto alle difficoltà da sconfiggere per Cappelletti non ne esistevano di insuperabili. La conoscenza di una seconda lingua poteva essere favorita dall'aiuto dei mezzi di comunicazione di massa, mentre quelle di carattere giuridico erano meno presenti di quanto a prima vista poteva apparire dal momento che il nucleo comune delle conoscenze:

è più vivo e importante di quanto usualmente si creda. Da un lato rimane sul continente europeo una comune eredità di istituzioni, di concetti, di principi e di mentalità. Dall'altro, sono fundamentalmente comuni le forze nuove (economiche, sociali, ideologiche) che spingono verso nuove istituzioni, nuovi concetti e principi. L'Istituto Max-Planck iniziato da Coing a Francoforte è interamente dedicato a riscoprire queste comunanze. Una scuola giuridica europea potrebbe operare nello stesso senso, e a livello molto più alto³⁷.

L'ultima lettera di Jemolo presente nel fondo Cappelletti risale al 1° marzo 1979 e, in qualche maniera, riassume una buona parte degli argomenti oggetto del carteggio.

Si passa dai guasti dell'università di massa ("è doloroso che in Italia la parola democrazia si traduca subito in demagogia") ancora all'abolizione dell'appello nel processo civile ("in massima il male sta che la sentenza di 1° grado poggia su una citazione male redatta, e su conclusioni non corrette; sopprimendo l'appello si darebbe di più il senso di responsabilità ai patrocinatori che non di rado prendono alla leggera la prima fase") fino al risarcimento totale del danno e del diritto del gruppo ad agire per interessi generali ("in un Paese litigioso come il nostro temo le azioni di associazioni di consumatori, facilmente manovrabili

³⁶ ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 23 settembre 1971.

³⁷ ASUE, dossier 192, lettera di M. Cappelletti a A.C. Jemolo, 23 settembre 1971.

nel senso di divenire strumento di una ditta che vuole schiacciare una rivale”)³⁸.

5. Conclusioni

È, con tutta evidenza, impossibile cogliere da queste spigolature quanto ricco di suggestioni sia il carteggio di Cappelletti, anche solo con i colleghi italiani. Tuttavia, non solo l’occhio del tecnico ma anche quello dello studioso di altre discipline non potrà non apprezzare alcune costanti che attraversano l’opera di questo giurista: dalla sua spiccata sensibilità comparatistica e globale *ante litteram* (riscontrabile soprattutto nello sterminato carteggio con gli studiosi stranieri, che non si limita a quelli più illustri, ma che tocca persino giuristi dell’Afghanistan e delle isole dei Caraibi) alla sua attitudine al confronto con studiosi di tutte le latitudini, senza distinzione di età o settore disciplinare; dalla sua apertura all’interdisciplinarietà, testimoniata dagli scambi epistolari con filosofi e sociologi, alla sua progettualità organizzativa di cui resta traccia anzitutto nei fondamentali progetti internazionali *Access to Justice* e *Integration through Law* fino alla sua statura di giurista europeo, confermata, oltre che dalle innumerevoli *membership* delle più prestigiose accademie, anche dal fatto che il suo è il nome dell’unico giurista italiano cui è dedicata un’apposita voce nel *Dictionnaire de la Justice*, curato da Loïc Cadiet (2004)³⁹.

³⁸ ASUE, dossier 192, lettera di A.C. Jemolo a M. Cappelletti, 1° marzo 1979.

³⁹ V. VARANO, *Mauro Cappelletti*, al link <http://www.dpce.it/mauro-cappelletti.html>.

CAPITOLO TERZO

PARTE PRIMA

COMPARATIVE LAW AND NON-WESTERN LEGAL TRADITIONS

BETWEEN ETHNOCENTRIC ASSUMPTIONS AND GEOPOLITICAL CHANGES

Luca Pes

1. Introduction

I am very pleased to take part to the panel «The West and the Rest: comparative law and legal traditions» and to share my thoughts on this topic¹. I found all the contributions very stimulating and I look forward to the questions and the discussion from the floor.

It will be hard to draw some conclusions, considered that the panel tackles such a broad topic and that the contributions have been so rich, but also diverse in their approach. Therefore, my intervention will be structured around some comments to the papers that have been presented in this session, with the aim to find common threads and shed some light on the subject.

2. The influence of the German model of legal reasoning in the Chinese civil code

I will start from the topic of the new Chinese Civil Code. This is one of the most recent and advanced efforts of codification of private law in the world²; and interestingly, it is also the first civil code to be adopted by the People's Republic of China since its establishment in 1949³.

¹ This contribution was originally prepared as a discussion in my intervention as a discussant of three papers, which unfortunately are not included in this volume. While I tried to report as much as possible on their content, some passages inevitably refer to such unpublished interventions.

² The Civil Code of the People's Republic of China came into force on 1 January 2021. An official translation in English is available on the website of the National People's Congress of the People's Republic of China (<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/>).

The Code replaces a special legislation in the field of private law, which started to be passed in the aftermath of the Cultural Revolution (marked by the *anti-rightist* movement of Mao Zedong), as part of the economic reforms of the Deng Xiaoping era (since 1976) that made China the fastest growing economy in the world and the second largest after the US⁴.

The relevant contribution presented in the panel analysed the influence of the German model on the new Chinese Civil Code, first by focusing on the *structure* of the Code and then by considering *softer means* of influence, such as legal education.

The analysis conducted on the *structure* of the Code concludes that differences are outweighed by similarities. A number of innovations and deviations from the German model find their cause in “path dependency” from the special legislation which was passed over the last 40 years before the Civil Code. This legislation did not necessarily reflect *European* legal models, but it was responding to «Chinese social needs», as put it by the author Jun Xue. I would add that, from the standpoint of comparative law, this legislation also reflects the rule of «political law», as different from the rule of *professional* law, according to the characterization suggested by Ugo Mattei in its essay *Three patterns of law*⁵.

Among many analyses in the international literature, see the special section of *Asia Pacific Law Review*, 2, 2021 entitled *The Chinese Civil code*, particularly L. CHEN, *Continuity and change: some reflections on the Chinese Civil Code*, in *Asia Pacific Law Review*, 2, 2021, p. 287.

³ L. CHEN, C.H. VAN RHEE (eds.), *Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives*, Leiden, 2012.

⁴ I. CARDILLO, Y. RONGGEN, *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, 2020.

⁵ U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 1997, p. 5. For a reappraisal of this characterization in the light of technological transformations and the COVID crisis, see U. MATTEI, L. GHANGUA, E. ARIANO, *The Chinese Advantage in Emergency Law*, in *Global Jurist*, 1, 2020.

So, although it was *inspired* by the German BGB (just like other civil codes in east Asia and elsewhere)⁶, the new Chinese Civil Code is not a copy of its German model, mainly because it was not made from scratch. Its drafting was aimed at unifying, reforming and renewing the already existing special legislation. Its technical solutions are best understood as a compromise between the German model and the legislation preceding the Code.

Nonetheless, the second part of Xue's analysis has argued that Chinese law is under the heavy influence of the German model because of soft means of diffusion and imitation of the «German model of legal reasoning». This is recognisable in a variety of domains: in scholarly work (style of legal research, book translations, etc.), in legal education and in the career of law professors, with significant numbers of German-trained legal scholars working in the most prestigious Chinese universities and serving also as legal advisors to the Chinese government and legislator, as opposed to US-trained Chinese lawyers, mostly inclined towards a professional career in law firms.

Such an approach invites to push comparative legal research beyond an exclusive focus on most iconic sources of law (such as the civil code in Western legal thought), by re-considering dynamics of legal transplants by *prestige*, especially by means of legal education. This topic has been investigated quite extensively in comparative legal literature, from Alan Watson's *Legal Transplants*⁷ to the more sophisticated sociology on the reproduction of elite groups of professional lawyers by Yves Dezalay and Bryant Garth⁸.

What I would like to point out as a possible theme for the discussion is the geopolitical context in which the influence of the German model on Chinese private law is taking place.

No matter how prestigious we may believe the German model of legal reasoning (and there may be, I suspect, an ethnocentric bias in this

⁶ T.F. CHEN, *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in *National Taiwan University Law Review*, 6, 2011, pp. 389 ff.

⁷ A. WATSON, *Legal Transplants: an approach to comparative literature*, Edinburgh, 1974.

⁸ Y. DEZALAY, B. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996.

belief), we are dealing with a borrowing country (China) which is by now an established super-power in geopolitical terms, in an emerging new world order unfolding from the war on Ukraine, in which European countries (and the European Union) seem to have lost much of their weight. This is somehow puzzling.

What would drive China to take inspiration from German law in designing and enforcing its Civil code? Perhaps «path dependency», that is the historical influence of German legal thought in east Asia? Or the fact that, among the civilian jurisdictions, that is among the “compatible donors” of legal models to be transplanted in China, Germany is the largest economy, the fourth largest in the world?

And finally, how should we represent this process of legal imitation or borrowing? Does the metaphor of «legal transplants» still hold any heuristic value, with its implicit parallel between legal systems and human biology? With its implicit hierarchy between donor and recipient of legal models circulating by prestige?

3. Human right as a transnational constitutional core in the recent process of constitution making in Chile

The second topic discussed in the panel brings us in the realm of public comparative law, by addressing the issue of constitution making in Chile.

Similarly to the Chinese Civil code, this is a very recent process of law making, although less successful than the latter in its outcome: in fact, the constitutional proposal drafted by the Chilean Constitutional Convention was eventually rejected in a popular referendum by an overwhelming majority⁹.

An analysis of this topic brings almost inevitably to the discussion of the multiple *causes* of this failure; however, the contribution discussed in the panel (by Raoul Letelier Wartenberg), shifts the focus on the more specific subject of the use of foreign legal models in constitu-

⁹ For an overview of the Chilean constitutional process, see G. GÓMEZ BERNALES, *Revisión y crítica al proceso constitucional chileno*, in *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, 23, 2022, p. 106.

tion making processes; notably human rights as a «transnational constitutional core», a sort of standardized basic content which is expected in any Constitution of new generation in the world.

The hypothesis – which seems to be verified as true in the end – is that the reference to this transnational constitutional core of human rights has brought confusion and disunity within the Chilean Constitutional assembly and more broadly in the public debate about the constitutional draft, ultimately favouring the status quo and fostering the rejection of the proposal.

This outcome is explained by a sort of clash between the expectations raised by the transnational order of human rights, with its vague language, and the understanding of what those rights should actually mean in the national context.

In so doing, Letelier Wartenberg provided interesting details on the political tensions within and outside the Chilean Constitutional assembly; on the composition of the assembly, with more than one half of the members being independent from political parties and «radically rejecting the main current policies and political structures»; and finally, on the extremely polarized and yet unbalanced composition of the assembly, with right-wing members counting less than one third of the seats and being de facto excluded from decision making.

4. The representation of African law between ethnocentric biases and geopolitical interests

The third subject discussed in the panel (with a paper by Salvatore Mancuso) requires a somehow more theoretical approach. It deals with the general representation of African law in comparative legal literature, trying to move forward from an understanding of African legal systems as bounded entities, often dubbed «pluralistic» but invariably described as derivative from Western law, that is the law of the former colonial powers. Perhaps, this approach resonates quite well with the theoretical preoccupations concerning the representation of Chinese law discussed above.

In order to refresh the way comparative lawyers should look at African legal systems, Mancuso has proposed to take a «geopolitical approach», based on the consideration that law: «is an instrument of hegemony and economic influence for the powers that play their geopolitical games in Africa».

The geopolitical dimension of law has been the object of several works in comparative legal literature, with a focus on the ethical and political dimension of representing differences and similarities among the legal systems of the world, for example by Frankenberg¹⁰, Bussani¹¹, Monateri¹² among others. Here, however, Mancuso seems to react to common representations of African law based on the mantra of «legal pluralism», and to a lesser extent, on the so called «stratigraphic approach» inaugurated by Rodolfo Sacco in its seminal studies in the horn of Africa¹³.

To be sure, both concepts are still fundamental tools for the understanding of African law, but over time perhaps they have been quite overused, to the point of losing part of their heuristic value. In particular, the stratigraphic approach, while remaining a valuable method for the study of African legal systems in a structuralist fashion, ultimately fails to capture the more dynamic dimension of legal relations (and the agency of legal subjects), better conveyed by the notion of legal pluralism.

What Mancuso is calling for, in the end, is the adoption of a «contextual method». Which, as a student of African law myself and a researcher trying to combine law with anthropology, I entirely subscribe to.

¹⁰ G. FRANKENBERG, *Comparative law as critique*, Cheltenham, 2016.

¹¹ M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente: geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

¹² P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto: Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari, 2013.

¹³ R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo: Un paese africano inizia l'edificazione del socialismo*, Torino, 1973; ID., *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Torino, 1985; ID., *Di alcune singolari convergenze fra il diritto ancestrale dei berberi e quello dei somali*, in *Africa: Rivista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*, 44(3), 1989, p. 341; ID., *Il diritto africano*, Torino, 1995 (2nd ed. 2000).

5. Conclusion

I wish to turn this call into the conclusion of my talk, by declining it on a more general ground.

I think that the three subjects discussed in this panel, invite us to adopt a less orthodox, perhaps more «sceptical» style of comparative law¹⁴. Looking at mainstream comparative legal literature, the Western-minded representation of «non-Western» legal traditions is still plunged into ethnocentric assumptions of Western superiority.

Even by overlooking the last 50 years of critical theory on the way «the Rest» is represented by «the West»¹⁵, with little curiosity for what the «resterners» do think, say and write about Western models of thought (including legal models), the attitude of Western superiority is simply no more attuned to the relative weight, in geopolitical terms, of the Euro-American model of society compared to the rest of the world.

In this context, it is increasingly apparent that Western-minded ethnocentrism is a sign of parochialism (the opposite of comparative law), as Western supposed superiority gets challenged even in the most material and mundane domains, like information technology, surveillance and the power to wage war; not to say in the more spiritual domain of culture, in which all civilizations must deserve the same attention.

¹⁴ G. FRANKENBERG, *Comparative law as critique*, cit.

¹⁵ E. SAID, *Orientalism*, New York, 1978; L. NADER, *What the Rest Think of the West: since 600 AD*, Berkeley, 2015.

THE DEMISE OR REGENERATION OF COMPARATIVE LAW?

THE PRODUCTION OF KNOWLEDGE

Anne Griffiths

1. The mainstream model of comparative law: The need for rethinking

For a number of years there have been calls to rethink comparative law in terms of the theory, sources, and methods that it employs in promoting the production of knowledge about law. Thus, Frankenberg states that it “is in need of theoretical-methodological overhauling” so that comparative scholars need to rethink “the way we think about the way we think”¹. In a more interconnected, global arena Riles observes that comparative law traditionally paid little attention to non-European legal systems “because legal institutions in the developing world held only marginal theoretical interest” for the discipline². Mattei states that there is a “rather desperate need for comparative law as a discipline” to engage in “theoretical revision and reorientation”³, while Watt opines that in the light of globalisation, if comparative legal studies “are to retain their relevance” their focus on “their modes of interaction and influence, and their strategies for survival [...] certainly needs adjusting”⁴.

In my own case, my participation in this conference is not based on training as a comparative lawyer, but rather as someone who has be-

¹ G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, 2016, pp. 9, 12.

² A. RILES, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., pp. 772-804.

³ U. MATTEI, *Comparative law and Critical Legal Studies*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.*, p. 805.

⁴ H.M. WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.*, p. 599.

come engaged with the comparative dimensions of law. As a lawyer, whose training was largely doctrinal at Edinburgh Law School, I have had as a scholar of Scots family law to challenge assertions that what claims to be UK family law, merely represents the predominant paradigm of English family law that fails to acknowledge jurisdictional variations through the elision of difference that remains unacknowledged. As a result of helping to set up the law department at the University of Botswana, (formerly UBLS representing the Universities of Botswana, Lesotho and Swaziland) in the early 1980's, I also had to get to grips with plural legal sources that include customary law that is based on an oral tradition that does not depend on a written form, such as statutory legislation or case law, for its validity.

The calls for revision of comparative law, or what some scholars prefer to refer to as comparative legal studies, are largely based on critiques that centre on a mainstream approach to the discipline that reflects the dominant paradigm, underpinning its canonical status on the orthodox representation of what comparative law is or should be. It is not possible to provide a detailed, historical account of the ways in which comparative law has developed or the extent to which the mainstream approach to the subject has shifted over the years. However, certain key elements are still central to the way in which this paradigm is constituted and the power that it exerts in its production of knowledge about law that it promotes in creating policy agendas, regulatory frameworks and strategies for intervention and legal reform.

2. Elements central to the mainstream paradigm

Under the mainstream model, comparative law has been engaged in the mapping of legal systems in juxtaposition to one another. Using a functionalist approach towards ascertaining commonalities and differences between these systems, the knowledge that was produced claimed to represent scientific objectivity and to provide a neutral foundation

from which the comparative endeavour could be approached⁵. In many cases this endeavour involved working toward a unitary and uniform framework for law with the purpose of discovering the most efficient way of dealing with problems or conflicts arising from the comparison of these legal systems.

The aim may have been laudatory in that the 1900 Congress on Comparative Law sought to unearth its utility as an objective, international ‘legal science’ through an attempt to create uniformity “that might lead to fostering peace and understandings among nations”⁶. It was initially concerned with a “universalist project based on the cultural community or the identical aspirations, of humanity across political borders”⁷. In undertaking this goal, however, comparatists, according to Frankenberg, regarded “the legal vocabulary and grammar” they employed as consisting of “an autonomous body of rules and decisions, arguments and decisions” that they viewed as providing them with access “to the reality of foreign law”⁸. Thus, mainstream comparatists never reflected upon the foundations upon which their endeavours were based. For this dominant form of comparative law was reluctant “to question its own methodological and culturally embedded assumptions about what law is and how it is structured”⁹.

In large part these sources derived from formal law, as promoted by nation-states, involving written texts embodied in statutes and case-law embellished by scholarly commentary. This contributed to the formulation of ideal-typic categories based on abstract, extrapolations from the systems they were said to represent. The knowledge derived under these conditions claimed to be ‘objective’ because it was devoid of political or economic considerations and so was viewed as providing a neutral basis upon which comparison could be conducted. This decou-

⁵ It is worth noting that at the time that law, anthropology and sociology were emerging as fields of study they felt the need to establish their provenance through claims to rationality and objectivity in order to acquire the equivalent status of a scientific discipline.

⁶ H.M. WATT, *op. cit.*, p. 601.

⁷ *Ibid.*

⁸ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁹ H.M. WATT, *op. cit.*, p. 608.

pling of law from society that purported to promote impartiality was, in fact, “constructed on the foundations of the Anglo-American concept of common/civil law and its entrenched ideology of the rule of law”¹⁰. As such, it represented an ethnocentric, decontextualized vision of law that, nonetheless, claimed to be universal. Thus, it abrogated to itself the power to determine and classify legal systems on the basis of distinct units of comparison derived from territoriality and sovereignty associated with the nation-state.

Yet this approach to comparative law raises questions about what is actually being compared. Clifford Geertz in *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture* addresses the meaning of two apparently identical actions. Drawing on an example from Gilbert Royle¹¹, he asks what distinguishes a wink from a twitch, for he considers that “the two movements are, as movements, identical” although the difference between them is “vast”. The superficial communality that appears to exist between the two cannot be sustained because the winker, according to Geertz,

is communicating, and indeed communicating in a quite precise and special way: (1) deliberately, (2) to someone in particular; (3) to impart a particular message. (4) according to a socially established code. (5) without cognizance of the rest of the company¹².

On the other hand, Geertz notes that, as Ryle points out, “a mere twitch [...] is neither a failure nor a success, it has no intended recipient: it is not meant to be witnessed by anybody; it carries no message”. Thus, the two apparently identical movements carry different understandings of what their actions entail, that derive their meaning from the contexts in which they are operating. In order to grasp this meaning Geertz supports the practice of what he refers to as “thick description” (a term that he borrows from Ryle) to encapsulate the cultural context and understandings that people place on their actions, words and things.

¹⁰ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 6.

¹¹ G. RYLE, *The thinking of thoughts; what is “Le Penseur” Doing?*, in G. RYLE, *Collected Essays 1929-1968*, Abingdon, 2009.

¹² C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York, 1973, p. 321.

Thus, it involves engaging people themselves in making sense of the own experiences and perceptions of the situational contexts in which they find themselves.

Derived from an ethnographic orientation, this form of knowledge is not just a “matter of methods”. For while acknowledging “from one point of view, that of the textbook, doing ethnography is establishing rapport, selecting informants, transcribing texts, taking genealogies, mapping fields, keeping a diary and so on”.

He goes on to state: “but it is not these things, techniques and received procedures that define the enterprise. What defines it is the kind of intellectual effort it is: an elaborate venture in... ‘thick description’”¹³.

Such an approach may be contrasted with “thin” description which, by contrast, involves stating facts without such meaning or significance being attached to them, as for example, in the use of surveys or statistics.

3. Further limitations associated with the mainstream model

For comparative law, however, the decoupling of law from society, where law is defined in terms of territoriality and sovereignty, closely follows a formalist, doctrinal model of law that John Griffiths ascribes to the weak or classic form of legal pluralism¹⁴. This is one in which the state is central to the constitution and recognition of law. Imposing this Euro-centric and Western concept of law into the comparative project as a whole, led to it being criticised for “its tunnel vision”, one whose narratives ascribe to “the making of ‘modern’ law serving a certain vision of the world” that purports to have universal application¹⁵. This flattening effect of abstraction ignored the policy choices and regulatory frameworks instituted by governments with relation to law. Thus, it left, unaddressed “the historically contingent and adventitious way, in which various ideas and practices are assembled and ordered [...] into

¹³ *Ivi*, p. 5.

¹⁴ J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986, 18, pp. 1-55.

¹⁵ H.M. WATT, *op. cit.*, p. 601.

fields of study and research”¹⁶. As a result, the mainstream orthodoxy of comparative law

tells its followers that at a time, only one method or theory or an established set of them is considered legitimate. It mandates a (serial) kind of intellectual monogamy that looks down upon legal plurality and mandates eclecticism to be integrated, as far as possible, in a unitary framework¹⁷.

This raises questions as to how ‘other’ legal systems are to be evaluated, especially where they do not comport with a Euro-American or Western perspective on law. Thus, Curran observes:

When I was starting out thirty years ago comparative law still had a distance to go to come to grips with some of the basic problems of accessing the other, with the very fact that there were issues as well as how to frame them¹⁸.

In the past, the problem stemmed from comparative law’s orientation towards uniformity and harmonisation. For Legrand observes that its “dominant [...] epistemological discourse [...] has operated an institutionalization of sameness” where comparatists have made it their collective and coercive purpose to proscribe and to invalidate dissonance¹⁹. This is because difference appears as a disturbance of the universal with the result that Watt claims comparative legal thinking has actively contributed to the “exoticism of legal cultures” that has become instrumentalised in the construction of a deliberate view of “us and them”²⁰.

This reductionist approach reduces “the diversity of the world’s legal systems to a common Euro-American measure”²¹. For Legrand

¹⁶ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 807.

¹⁷ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸ V.G. CURRAN, *Critiquing Günther Frankenberg’s Comparative Law as Critique*, in *German Law Journal*, 2020, 21, p. 304.

¹⁹ P. LEGRAND, *The same and the different*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 249.

²⁰ H.M. WATT, *op. cit.*, p. 613.

²¹ U. BAXI, *The Colonial heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 49.

what this perspective produces is a view of the other that is no longer approached

in its alterity but only as a variant of one's own culture [and further] permits treating one's own culture, as a homogenous, given fact, ignoring its internal tensions contradictions, and struggles²², and giving oneself over to that fantasy that is a logical continuum without history [...]²³.

How the 'other' is constructed can be seen as part of the colonial inheritance, for as Baxi notes:

In every sphere, the 'modern law' remains the gift of the West to the rest. The large processes of 'westernization', 'modernization', 'development' and now 'globalization' of law present the never-ending story of triumphant legal liberalism [...]²⁴.

4. *Transforming comparative law: Reorienting theory and methods*

Given these critiques of mainstream comparative law, should it be relegated to the realms of history, or is there scope for transforming it by shifting its approach to theory and methodology? While scholars have been critical of the mainstream paradigm, they have also put forward propositions for its transformation. These include providing a much more contextual approach to the interpretation and analysis of law. This would bring political, economic, and social considerations into play that would erase the division between 'law' and 'society' that "has outlived its analytical utility"²⁵. Frankenberg argues that there is a need for more interdisciplinary research creating "a widening of the

²² For an exception to this approach see the work of Rodolfo Sacco that demonstrated how 'legal rules' are really the products of competitive interaction between multiple 'legal formants'. His analysis of law highlights the conflicts and ambiguities that arise in the clash between multiple legal formants that constitute the rule, illuminating the role of ideology in reconciling conflicting formants and shaping legal outcomes.

²³ P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 303.

²⁴ U. BAXI, *op. cit.*, p. 49.

²⁵ A. RILES, *op. cit.*, p. 790.

legocentric lens to bring text and context into focus”²⁶. In order to do this contextual analysis “must include addressing social struggles behind the law to develop a consciousness of difference”²⁷ that would involve moving away from the study of ideal types that “are best imagined as temporally co-existing alternatives rather than as a step in an evolutionary progression towards formally rational law”²⁸. While mainstream comparative law was not completely divorced from an understanding of society Watt cites David Kennedy as asserting “that in the latter half of the twentieth century mainstream comparatism has self-consciously asserted political agnosticism, retreating in acute discomfort from the sphere of ideology and projects of governance”²⁹.

Another reorientation involves shifting away from an emphasis on communalities in law towards developing a more informed concept of difference. Thus, Watt argues that there is a need to challenge “more or less overt presumptions of communalities between diverse laws and focus on otherness and respect for its difference”³⁰. This would ground an understanding of how comparative law “fosters practices of hegemony and domination”. This requires moving away from the reading of foreign culture “through the monocular and self-centric theoretical lens of the (Anglo-American) West”³¹. It involves engaging more with “non-European legal systems” that previously “only held marginal theoretical interest” for mainstream comparative scholars³².

5. *Reconceiving the state and its relationship with law*

These reorientations entail a serious rethinking of the role of the state and its relationship to law. The way in which mainstream comparative law has approached this relationship echoes that, more generally,

²⁶ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A. RILES, *op. cit.*, p. 778.

²⁹ H.M. WATT, *op. cit.*, p. 611.

³⁰ *Ivi*, p. 601.

³¹ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 807.

³² A. RILES, *op. cit.*, p. 780.

of a Westphalian model of law and sovereignty that was highly influential in the nineteenth and twentieth centuries in Europe and that continues to exert its influence today³³. This model of law, developed out of the Peace of Westphalia (1648), which ended the Thirty Years' War in Europe, created the notion of sovereignty. This is one that provides that, within its territory, a state is sovereign – that it has exclusive jurisdiction and that other states may not intervene in its domestic affairs; and it embraces the concept that all states are equal. Under this model, the state claims jurisdictional sovereignty within its borders and is governed by law derived from a rigorous exposition of doctrinal analysis (law-as-text) founded on a specific set of sources, institutions, and personnel that form the heart of an abstract, formalist, legal discourse. In short, legitimate authority is based on state-centred law that defines what is law or non law within its borders, operating in a monopolistic fashion, by excluding all legal claims that do not fit within its narrowly prescribed boundaries.

6. Moving beyond the Westphalian model of law: alternative depictions

This model of law has always been highly contested, especially by social scientists, particularly anthropologists, who have adopted a contextual approach to the study of law. Such an approach is one that situates law within a broader social compass exploring its relationship with other bodies, institutions, and agencies that construct social relations, including the specific, lived, everyday experiences and perceptions of law that inform peoples' lives³⁴.

These reorientations for comparative law mean that it can no longer “approach difference on the basis of systems of law delineated by state sovereignty” and from their arrangement “in a hierarchy in which state law is the politically dominant”³⁵. It involves shifting the debate in

³³ A. GRIFFITHS, *Law as an Enduring Concept: Space, Time and Power*, in M. FOLETS et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2020, published online, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780198840534.013.18.

³⁴ *Ivi*, p. 2.

³⁵ A. RILES, *op. cit.*, p. 788.

comparative law from the question of whether to include non-state based normative orders within the purview of comparative law to understanding the character of such orders and their inter-action with state-based systems³⁶.

While scholars of the ‘strong’, ‘deep’ or ‘new’ legal pluralism have always advocated for this, it represents what John Griffiths refers to as a social-science approach to law. Such a perspective becomes all the more prescient when dealing the current forms of globalisation at work in the world today³⁷.

7. *The challenges posed by transnationalism and globalisation*

Reframing law’s relationships, especially with the state, is critical in an age witnessing the increasing proliferation of international and transnational regulatory frameworks, norms, and legal rules that have given rise to “the epochal transformation we call globalization”³⁸. This is one in which the transnationalisation of personal, economic, communicative and religious relations gives rise to conditions of legal flux. Such processes in which local, national, and international regulatory domains are enmeshed, lead to the reconfiguration of law both within and beyond the nation-state, so that there is now a growing acceptance “that there may be sources of law other than the nation-state”³⁹.

Engaging with law in these contexts involves multi-sited actors and arenas incorporating global and regional networks of activity, institutions and regimes of governance as well as transnational social movements and other kinds of transnational associates⁴⁰. The actors involved in these concerns not only include nation-states acting as sovereign law

³⁶ *Ivi*, p. 793.

³⁷ A. GRIFFITHS, *Reviewing Legal Pluralism*, in R. BANAKAR, M. TRAVERS (eds.), *Law and Social Theory*, Oxford, 2013, pp. 269-286.

³⁸ S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, p. 2.

³⁹ F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, M. WIBER (eds.), *Changing Properties of Property*, New York, 2006.

⁴⁰ *Ibid.*

makers or in concert with other states in the construction of international law, but also involve national or transnational non-governmental organisations, ‘law merchants’⁴¹, ‘epistemic communities’⁴², self-regulatory networks, traditional and religious authorities and local communities. Their activities range widely; from negotiating border disputes, entry to the EU and sponsoring aid for development, to participants in anti-globalisation protests, or to activists promoting the rights of indigenous or ethnic minorities, to experts creating blueprints for governance of industries such as fisheries.

8. *Legal pluralism in Botswana: Engaging with other disciplines*

Given these multi-scalar activities, what theoretical and methodological approaches are appropriate for undertaking contemporary comparative legal studies? My own research for over thirty years in Botswana, dealing with family disputes and land, has presented challenges for me in dealing with legal plurality. These stem from having to deal with law in terms of written, statutory and case based texts, as well as with unwritten, oral submissions on customary law⁴³. For the formal

⁴¹ These are lawyers who travel the world, usually on behalf of governments development organizations or multinational law firms, to introduce their law to countries that are in the process of legal reform; see Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *Dealing in Virtue: Commercial Arbitration and the Constructions of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996. For the implications that such activities have for the development of transnational justice see ID., *Lawyers and the Construction of Transnational Justice: Law, Development and Globalization*, New York, 2012.

⁴² This is a term used to refer to a network of persons spread across the globe who share and promote a particular form of knowledge, see P.M. HASS, *Introduction: Epistemic communities and international policy coordination*, in *International Organization*, 1992, 46, pp. 1-36 and M. WIBER, *Mobile Law and Globalization: Epistemic Communities versus Community-Based Innovation in the Fisheries Sector*, in F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS (eds.), *Mobile People, Mobile Law, Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Aldershot, 2005, pp. 131-151.

⁴³ See T.W. BENNETT, *Comparative Law and African Customary Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.*, pp. 652-680. on the dangers of approaching the interpretation and analysis of customary law on the basis of written texts.

legal system of the country recognises both written and customary law, although the state based system makes customary law subject to the requirement that it must not be “incompatible with the provisions of any written law or contrary to morality, humanity or natural justice”⁴⁴. The effect of this legal text, embodying the repugnancy clause (that was applied in other African jurisdictions) was to provide a hierarchy of ordering in which written law took precedence over the constitution and application of customary law. Thus, it reflects the ‘weak’, ‘classic’ form of legal pluralism referred to by John Griffiths that represents a lawyer’s view of law.

In dealing with this type of pluralism, I first had to get to grips with customary law which presented difficulties as formalist sources of law were inadequate for this purpose⁴⁵. I therefore need to adopt a different theoretical and methodological approach with a new set of skills. This led me, after consultation with colleagues in social science (primarily in social policy and anthropology), to engage in fieldwork as an ethnographic project to acquire empirical data on how customary law is constructed and implemented. This required the acquisition of information on where customary law is located, how it is constituted, and what forms it takes. In pursuing these data, I had to draw on a variety of sources derived from a range of methods. These included archival research; examination of formal court proceedings and records; participant observation of disputes and interviews with governmental personnel, members of non-governmental organisations, and local citizens. Extended, oral life histories of families from Molepolole village were carried out and updated over the years, providing data on continuities and difference between individuals, families, and households over five generations⁴⁶.

⁴⁴ Under the Customary Law [Application and Ascertainment] Act no. 51, 1969, s. 2.

⁴⁵ For the challenges this posed see A. GRIFFITHS, *Broadening the Legal Academy, The Study of Customary Law: The Case for Social Scientific and Anthropological Perspectives*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2017, downloadable online: DOI <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a3263>.

⁴⁶ For details see *ivi*.

Engaging with these sources enabled me to move beyond conventional legal sources, such as legislation, court records, and court proceedings to a more open-ended discussion with social actors and their perceptions and experiences of law. This allowed me to access what was taking place in everyday life. It provided an oft neglected perspective in legal studies, one which makes visible the context in which ordinary negotiations between individuals over property can lead to voluntary agreements that may differ in terms from those accorded to globalised legal norms or to projected legal standards. It also provided a means for viewing how transformations in law may take place on the ground in a variety of settings. As a result, my approach reflected a social-scientific approach to legal pluralism of the kind referred to by John Griffiths rather than adopting the weak, or classic view of legal pluralism based on a state centred perception of law.

9. Transgressing disciplinary boundaries: Humanitarian intervention

Drawing on sources and methods from other disciplines is well suited to dealing with comparative law under conditions of globalisation. For a number of scholars dealing with humanitarian intervention, for example, this reflects adopting a less bounded and more relational or interconnected perspective on the production of security, be it with regard to war-making⁴⁷, peace-building⁴⁸, addressing concepts of security and normative ordering beyond the state⁴⁹, including charity and humanitarian aid⁵⁰. Coming from different disciplines embracing law/geography, anthropology and sociology, these scholars all argue for an

⁴⁷ M.D. SMITH, *States that Come and Go: Mapping Geolegalities of the Afghanistan Intervention*, in I. BRAVERMAN et al. (eds.), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, Stanford, 2014, pp. 142-166.

⁴⁸ J. SELBY, *The Myth of Liberal Peace-building*, in *Conflict, Security & Development*, 2013, 13, pp. 57-86.

⁴⁹ L. WILSON, L. BAKKER, *Cutting off the Kind's Head: Security and Normative Order Beyond the State*, in *Conflict, Security & Development*, 2016, 16, pp. 239-308.

⁵⁰ M. MASCIERENHAS, *New Humanitarianism and the Crisis of Charity: Good Intentions on the Road to Help*, Bloomington, 2017.

approach to humanitarian intervention that is grounded in contextual and empirical data.

Thus Wilson and Bakker draw attention to the need for “empirically grounded studies” that will attend to “the everyday practices of security arrangements in the contemporary world” in order to “address the need for a more nuanced analysis of security as a decentred and distinctly contextualized practice”⁵¹. From the perspective of peace-building, Selby argues for a methodological shift from the established, familiar narratives associated with it “to contextualized studies that attend more fully to heterogeneity and inconsistency of contemporary war-endings and peace processes”⁵².

For Smith in the case of intervention in Afghanistan, this involves perceiving the interplay between US and Afghan law “in the dynamic and hybrid spatio-legal relations arising from a western-led intervention that is at once a combat operation, a development program, a state building exercise and a legal transformation”⁵³. By extending his gaze to cover four overlapping moments, “invasion, occupation, pacification and autonomisation”⁵⁴ Smith reveals the action of an assemblage of different actors connected to different spheres of activity.

By transgressing boundaries, the theoretical and methodological approaches promoted by these scholars allow for a move away from a standpoint that treats groups of actors and social entities as reflections of an internally coherent and bounded set of domains that are geared to address pre-determined objects such as security, justice, or poverty. Instead, they explore relations between actors, entities or domains. Thus they foreground the interactive dynamics that are at work in mutually constituting, reconstituting or reconfiguring such entities in an ongoing process that engages with law. This leads Ben and Vetter to argue for a new, interdisciplinary and collaborative approach to law on the grounds “that the “ethnographic” endeavour is a fruitful point of

⁵¹ L. WILSON, L. BAKKER, *op. cit.*, pp. 289-291.

⁵² J. SELBY, *op. cit.*, p. 81.

⁵³ M.D. SMITH, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁴ M.D. SMITH, *ivi*, p. 159, uses this term to refer to “efforts to build the governing capacity of Afghan state institutions and promote reconstruction and economic development”.

convergence to make both empirically grounded and theoretically ambitious contributions to the investigations of law, culture and society beyond disciplinary boundaries”⁵⁵.

The findings from these investigations do not lay claim to a monopoly of knowledge, to a primacy over all other visions of law. What emerges from their empirical encounters is a form of knowledge that cannot be said to represent an objective authenticity but must always be viewed as “positional, partial and constitutive of reality”⁵⁶.

For what fieldwork, empirical or ethnographic research entails reflects a multi-faceted history “drawing on a whole range of techniques that make it impossible to present ethnography in terms of a single, methodological approach”⁵⁷ so that it is necessary “to think of “ethnographies” rather than any single or simple approach or method”⁵⁸.

What is key in these endeavours, is to make explicit the basis upon which such knowledge is acquired, including the assumptions upon which the fieldwork was carried out, the methods that were employed, and the feedback acquired from those engaged in these knowledge generating projects. This is important because, as Dwyer observed many years ago, fieldwork “is confrontation and dialogue between two parties involved in a joint creation of otherness and selfness”⁵⁹. For as a number of scholars have noted⁶⁰ “we” do not speak from a position outside “their

⁵⁵ J. BENS, L. VETTERS, *Ethnographic Legal Studies: Reconnecting Anthropological and Sociological Traditions*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2018, 50, p. 249.

⁵⁶ H. CALLOWAY, *Ethnography and Experience: Gender Implications*, in J. OKELY, H. CALLOWAY (eds.), *Anthropology and Autobiography*, London, 1992, p. 33.

⁵⁷ A. GRIFFITHS, *Ethnography and law in a transnational world: knowledge, power and discourse*, in J. PRIBAN (ed.), *Research Handbook on the Sociology of Law*, Cheltenham, 2020, p. 54.

⁵⁸ J. HUGHES et al. (eds.), *Contemporary Approaches to Ethnographic Research*, London, 2018, p. XXV.

⁵⁹ K. DWYER, *On the Dialogic of Fieldwork*, in *Dialectical Anthropology*, 1977, 2, p. 147.

⁶⁰ L. MANI, *Multiple Mediations: Feminist Scholarship in the Age of Multinational Reception*, in *Feminist Review*, 1990, 35, p. 24; S.P. MOHANTY, *Us and Them: On the Philosophical Bases of Political Criticism*, in *New Formations*, 1989, 8, pp. 55-80; E. SAID, *Representing the Colonized: Anthropology's Interlocutors*, in *Critical Inquiry*, 1989, 15, p. 205-225.

worlds” but are implicated in them to through fieldwork, political relations and a variety of global flows⁶¹. In this process “we talk across established difference and create a world of betweenness”⁶². As a result, the knowledge that is produced “is not transcendental, but is situated, negotiated and part of an on-going process [...] [that] spans personal, professional and cultural domains”⁶³. For as Hastrup points out, “what informants tell us in the ethnographic dialogue is spoken not from the centre of their world but from the liminal space of the cultural encounter”⁶⁴.

10. *Moving towards diversity and inclusion: Space and Time in law*

My own research on land in Botswana addresses the ways in which multi-sited actors from part of ‘global’, ‘national’ and ‘local’ networks that frame and contextualize their relationships to land. In my recent book *Transformations on the Ground: Space and the Power of Land in Botswana*, I employ a spatial and temporal approach to my analysis of these relationships⁶⁵. This is because land not only embraces a grounded, physical or territorial place, but also represents a more intangible universe. This is one where space is viewed as a product that embodies social relationships with interacting dimensions. These make it clear, as

⁶¹ K. NARAYAN, *How Native is A “Native” Anthropologist?*, in L. LAMPHERE, H. RAGONE, P. ZAVELLA (eds.), *Situated Lives: Gender and Culture in Everyday Life*, New York, 1997 p. 29.

⁶² K. HASTRUP, *Writing ethnography: state of the art*, in J. OKELY, H. CALLOWAY (eds.), *Anthropology and autobiography*, London, 1992, p. 118.

⁶³ K. NARAYAN, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ K. HASTRUP, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ A. GRIFFITHS, *Transformations on the Ground: Space and the Power of Land in Botswana*, Bloomington, 2019. The book formed part of an inter- and trans-disciplinary international project on Framing the Global at Indiana University’s Centre for the Study of Global Change that involved fifteen fellows interacting over a five-year period. 2012-2017. Apart from each producing a book, a collection of the fellows work was put together in a publication entitled *Framing the Global: Entry Points for Research*, edited by Hilary Kahn in 2014.

Lefebvre has observed⁶⁶, that space cannot be divorced from ideology or politics because it cannot be viewed as “a natural medium that stands outside of the way it is conceived”⁶⁷. The multi-locational spaces social actors inhabit, within interconnecting transnational, national, and local spaces, shape their capacity to regulate, construct discourses about law and to make claims on land⁶⁸.

In my case, this involved engaging with transnational international agencies, such as the United Nations and the World Bank, as well as national institutions such as the Ministry of Lands and Housing, along with district administration in the form of Kweneng Land Board and Bakwena Tribal Administration⁶⁹, and finally with local families and households in Molepolole village. What emerged from these encounters is

a multi-faceted, dialectical process involving complex interconnections between socioeconomic groups, individuals, and institutions worldwide; the ultimate effects of which vary both within and between nations⁷⁰.

Pursuing a spatial perspective allows for diverse interpretations of how relations to land are constituted and makes visible the ways in which they may vary, complement, overlap, or even come into conflict with one another and with the broader competing global perspectives in operation at any moment in time. At the same time, it is necessary to have a temporal understanding about how these actors are situated. This

⁶⁶ H. LEFEBVRE, *The Production of Space* (trans. D. NICHOLSON-SMITH), Oxford, 1991. First published in French in 1974 as *La Production de l'espace*, Paris, 1991.

⁶⁷ M. CRANG, N. THRIFT (eds.), *Thinking Space: Critical Geographies*, London, 2000, p. 3.

⁶⁸ F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS (eds.), *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*, Aldershot, 2009.

⁶⁹ The term ‘tribe’ or ‘tribes’ was applied by British colonial powers to refer to the indigenous people under their rule. The preferred classification today is the term polity/polities or morafe/merafe. However, it is important to note that the word tribe or tribal is a legal term of art in relation to the legal and administrative regulation in Botswana today. Bakwena Tribal Administration represents the regulatory body that deals with the affairs of the major morafe that forms the Kwena polity.

⁷⁰ J. MENSAH, *Introduction*, in ID. (ed.), *Neoliberalism and Globalization in Africa: Contestations on the Embattled Continent*, New York, 2008, pp. 1-32.

is because human behaviour is linked through time to human experience that encompasses different interpretations of time at different moments in history that may exist simultaneously. Thus, space and time are inextricably linked in a multiplicity of domains that need not separate the past from the present but that acknowledge “that the past, present and the future are mutually implicated”⁷¹.

11. The spatiality and temporality of land in Botswana

How land is regulated in Botswana is shaped by the country’s encounter with colonialism. Formerly known as the Bechuanaland Protectorate, it was under British indirect rule from 1885 to 1966 when it acquired independence. As with other African countries, law represented what Martin Chanock observed was “the cutting edge of colonialism” that promoted a particular vision of social order and property rights in its attempts to control and govern its colonial subjects⁷². This superimposition reflected an ideological quest for power through the inscription of law on territory. While it is clear that property regimes “cannot be captured in one-dimensional political, economic or legal models”⁷³, nonetheless, the colonial model of law sought to make them so by creating separate legal regimes that distinguished between, and were applicable, to those designated as ‘colonisers’ and those who were classified as ‘colonised’. This approach, that sought to establish separate and parallel systems of law⁷⁴, was one in which one type of land regime applied to the colonisers, while another applied to the colonised assigned to “tribal areas” by their colonial overlords. As a result, colonialism “created and maintained boundaries through dualistic or pluralistic

⁷¹ E. HIRSCH, C. STEWART, *Introduction: Ethnographies of Historicity*, in *History and Anthropology*, 2005, 16, p. 261.

⁷² M. CHANOCK, *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, 1985, p. 4.

⁷³ F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, M. WIBER (eds.), *op. cit.*, p. 2.

⁷⁴ M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975.

legal structures” that represented “boundaries in physical space defined and managed by laws and regulations”⁷⁵.

As a result, on independence, Botswana inherited three types of land tenure. The first, involves tribal land that recognises the communal forms of tenure that are the basis of Africans relationships to land embodied in the Tribal Land Act (Cap 32.02) enacted in 1968 and re-enacted in 2018. This type of tenure is the most prevalent in the country and applies to 70% of the land in Botswana today. The second type represents state land, previously crown land administered by the Bechuanaland Protectorate. Most of this type of land is found in the urban areas. The third and last type of tenure is freehold land, created for settlers during the colonial era. This type of tenure recognised individual ownership in land with a right to free and undisturbed possession, largely in relation to agricultural land. Although this tenure was never widespread and has decreased significantly since independence, it has had a profound influence on the way in which rights to land are perceived because it promotes the primacy of private property rights “through the Lockean philosophy of possessive individualism”⁷⁶.

The different types of land tenure have different legal rules governing them and display the complex resulting relations to land through spaces embodying territorial, political and social relations within which it is currently constituted that are the product of different spatial and temporal logics. These logics reveal how social and property relations are maintained at any given historical moment, providing scope for differing and contested claims to land today. An example of how this affects the interpretation of customary law is provided by the case of *Kweneng Land Board v Matlho and Another*⁷⁷. In this Court of Appeal case the judges disagreed, two to one, as to how customary law should be interpreted in relation to the Tribal Land Act and the rights associated with it.

⁷⁵ R. HOME, *The Colonial Legacy in Land Rights in Southern Africa*, in B. CHIAGRA (ed.), *African Development Community Land Issues: Towards a New Sustainable Land Relations Policy*, Oxford, 2012, pp. 8-26.

⁷⁶ *Ivi*, p. 12.

⁷⁷ [1992] BLR 292.

The majority judgment observed what lay at the heart of their disagreement reflected:

competing philosophies with regard to the character of customary law. On the one hand there is the view which stems from a conception of customary law as a developing body of law. Concomitant with this is a desire for the protection of private rights⁷⁸.

In contrast, another view stems from a concept of customary law that “equates with the well-known English legal concept of custom”, based on the foundation of “ancient origin”⁷⁹ that is static in character.

The majority rejected this later view because:

African customary law should apply to the changing situations of the people whose lives it regulates, it must have been and should be living law [...] Just as the English common law, as distinct from custom, has evolved with the development of the people, so must African customary law in the areas in which it governs in African societies develop to meet changing situations⁸⁰.

While the Court of Appeal’s findings were later found to have been in error in a subsequent Court of Appeal case⁸¹, these differing visions of customary law derived from a European or Western mindset that juxtaposed individual property rights against a particular understanding of what communal land rights entailed. Yet this binary conception of rights, that is linear and evolutionary in nature, is one that the government of Botswana has called into question. For it acknowledges that historically rights attached to customary land tenure were not homogeneous, but depended on the purpose for which the land was allocated and the productive use to which it was put.

Thus its status as residential (lolwapa), agricultural (tshimo), or grazing land (moraka) had an impact on the rights that accrued under it⁸². Although customary law did recognize individual rights to residen-

⁷⁸ *Ibid.*, p. 304 B-C.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 304 C-D.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 305 A.

⁸¹ *Mpofu and Another v Kweneng Land Board* 2005 1BLR 3 (CA).

⁸² Government of Botswana (1992, pp. 2-7).

tial land as exclusive, permanent and inheritable, this concept of rights was not as applicable to agricultural land, for once cultivated land was harvested, it reverted to the status of grazing land to which all members of the morafe had communal rights. Thus rights were acquired and divested according to a cyclical nature of time that coincided with agricultural practices over the seasons.

This approach to rights is predicated on a particular spatiotemporal composition that differs radically from those rights whose existence depends on a more exclusive and linear form of transmission. In recognizing the variegated nature of these rights under customary tenure, the government noted the difficulty in “finding the correct pigeon hole of its [customary land tenure] concepts”⁸³. It also stressed that “the absence of [...] private ownership in the customary land tenure does not imply insecurity of tenure”⁸⁴.

This depiction of time and space may be contrasted with the concept of ‘social time’ that allows for the recognition of “multiple forms of time that are simultaneously available in a single context”⁸⁵. So, just as space may represent what Massey calls “a sphere within which distinct trajectories co-exist; as the sphere of co-existing heterogeneity”, so time may also embody a multiplicity of forms that may be used to organize different dimensions of space in ways that give rise to contestations over people’s entitlements to it⁸⁶. It allows for a more multi-dimensional perception of time, that in the case of customary land tenure allows for a movement back and forth from communal land tenure to individual or household land tenure according to cycles of agricultural development during the year.

⁸³ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁵ C.J. GREENHOUSE, *Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law*, in *The Yale Law Journal*, 1989, 98, p. 1633.

⁸⁶ D. MASSEY, *Doreen Massey on Space. A Dialogue between Doreen Massey and Nigel Warburton*, on *Social Science Bites*, 1st February 2013, at <https://www.socialsciencespace.com/2013/02/podcastdoreen-massey-on-space>.

12. Challenging global outreach and transnational governance

Yet this heterogeneity and multi-dimensional modelling of space and time may find itself denied when it comes to the normative power embodied in transnational regimes of governance, such as international human rights. For in terms of global outreach, as Walker has observed, the “UN framework possesses and exercises a depth and scope of normative authority unprecedented in any self-styled planetary legal regime” encompassing within its remit the Sustainable Development Goals (previously the Millennium Development Goals)⁸⁷. The power of the global invested in the UN and other international agencies carries enormous normative authority in promoting these goals. This is despite the fact that their frameworks for progress are predicated on a singular world vision. Their assessments of progress and the way in which policies are formulated and implemented treats space in a very particular manner.

An example is provided in their rankings of countries as being *developed* or *undeveloped* on the basis of techniques that measure GDP and other factors such as the Human Development Index. Such factors include statistics, representing a form of ‘audit culture’ that is transnational in scope⁸⁸. For they are used, not only to signify a “technology [...] of knowledge production”⁸⁹ but also to generate a form of governance used to manufacture “evidence-based policy” feeding into “results based management” that operates worldwide⁹⁰. They are used to create an aura of ‘objective’ truth that creates

a dangerously misleading air of accuracy where the resulting numbers are used to make critical decisions that allocate resources⁹¹ in ways that

⁸⁷ N. WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge, 2014, p. 60.

⁸⁸ M. POWER, *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford, 1997, M. STRATHERN (ed.), *Audit Cultures: Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, London, 2000.

⁸⁹ M. POWER, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰ S.E. MERRY, *Measuring the World: Indicators, Human Rights and Global Governance*, in *Current Anthropology*, 2011, 52, p. S84.

⁹¹ J. MORTEN, *Poor Numbers: How We Are Misled by African Development Statistics and What to Do About It*, Ithaca, 2013, p. XI.

conceal their political and theoretical origins and underlying theories of social change and activism⁹².

Yet, as Massey observes, where space “represents that dimension of the world in which we live,” it is one “within which distinct trajectories coexist”⁹³. This perspective, however, is negated by ranking countries in the way that these international agencies do. For by classifying a country as *developing*, the country is no longer viewed as being on par with *developed* countries, and thus, even though it exists simultaneously in space, in terms of time it is “a country which is following our path to becoming a developed country like us”⁹⁴. In employing this form of categorisation, “we are denying the simultaneity, the multiplicity of space [...] and turning all these differences into a single historical trajectory”⁹⁵.

This negative aspect of governance is based on a trajectory that derives from a linear notion of time. It is built on the concept of progressively ongoing intervals underpinning a single, evolutionary narrative operating as *the* only authentic, authoritative, and legitimate perspective to the exclusion of all others. It also represents that aspect of the global and globalization that is premised on moral superiority or hegemonic discourse that relies “on exclusion as much as inclusion”⁹⁶. This perspective results in “turning space into time, turning geography into history [...] [and] is a way of denying the possibility of something different” and of opening up “politics to the possibility of alternatives”⁹⁷. Where, however, the power of time that operates in this way is challenged, by confronting claims to a historical authenticity that is based on an assumed natural order of things and where one reconstruction of the past (or construction of the present) may be displaced, then there is

⁹² S.E. MERRY, *op. cit.*, p. S84.

⁹³ D. MASSEY, *op. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ D. FASSIN, *That Obscure Object of Global Health*, in M.C. INHORN, E.A. WENTZELL (eds.), *Medical Anthropology at the Intersections: Histories, Activism and Futures*, Durham, 2012, p. 99.

⁹⁷ D. MASSEY, *op. cit.*

the possibility of creating a disjunction, so that what Lund has called “the inevitability of history” may become “unsettled”⁹⁸.

This disruptive juncture is necessary because, as Santos observes, “the linear time presiding over the Western logic of development – based on a linear conception of development, according to which different pasts converge in a single future” must be contested by acknowledging “a pluralistic conception of time based on the idea that there are alternative development paths and that therefore different pasts underlie different presents and may lead to different futures”⁹⁹. If comparative law moves in this direction, then it will certainly make a valuable contribution to ongoing debates about the nature of law.

⁹⁸ C. LUND, *The Past and Space: On Arguments in African Land Control*, in *Africa*, 2013, 83, p. 30.

⁹⁹ B. DE SOUSA SANTOS, *Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan and Politics and Legality*, in B. DE SOUSA SANTOS, C.A. RODRIGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Globalization from Below*, Cambridge, 2005, p. 31.

PARTE SECONDA

AT THE CROSSROAD OF COMPARATIVE LAW:

THE RELATIONSHIP OF LAW WITH OTHER SCIENCES

A BRIEF INTRODUCTION

Carlo Casonato

1. Introduction

The issues connected to the theme of the session “At the Crossroad of Comparative Law: the Relationship of Law with Other Sciences” are multiple and complex. In this introduction, I will address a few of them, that will be briefly analysed within two more general frameworks. Firstly, I will deal with the variables and complexity that characterize the topic, and secondly, I will describe a few ingredients that can help achieving a good relationship between law, comparative law in particular, and other sciences.

2. Variables and complexity: law and other sciences

The relationship of law with other sciences is complicated and depends on many variables¹. Which idea of law are we referring to, in the first place? And within the legal phenomenon, which formants do we want to consider (statutory law, judicial rules, or legal doctrine, according to Sacco’s basic categories)², or which fluxes do we choose to examine (to use another category mentioned in the previous papers)?

2.1. Statutory law

Regarding statutory law, we can first identify specific institutional channels established in many countries to connect legislators with sci-

¹ Among others, R. FELDMAN, *The Role of Science in Law*, Oxford, 2009.

² R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34.

entific expertise and to incorporate scientific evidence into the decision-making process.

A case in point is the Parliamentary Office for Science and Technology (POST), a bicameral body of the British Parliament. Since 1989, POST has been publishing and making impartial and up-to-date scientific reports accessible to Westminster and its committees. These reports cover a wide range of topics from biology to health, from energy to the environment, from physics to information technology³. A similar role is played today in the USA by the White House Office of Science and Technology Policy (OSTP). Established in 1976, OSTP provides advice to the President and his Executive Office on matters related to science and technology, seeking to provide the best possible guidance and to coordinate the Federal science and technology policy⁴. In January 2021, President Biden established a new *Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST). The explicit intention of this Council is to allow the Federal administration «to make evidence-based decisions guided by the best available science and data»⁵.

Another example of a channel designed to provide legislators with scientific knowledge, while incorporating an extra ingredient of participatory democracy on sensitive subjects, is the French *États Généraux*

³ See <https://post.parliament.uk/>. POST was created following the example of the short-lived US Office of Technology Assessment (OTA). OTA was a mixed body of both technical and political composition, created in 1974 to provide members of Congress and their committees with objective and authoritative information on the most complex scientific and technological issues of the time. Criticised for being redundant, too expensive, and biased, OTA saw its funding, and its activities, cease in 1995.

Cfr. B. BIMBER, *The Politics of Expertise in Congress: The Rise and Fall of the Office of Technology Assessment*, New York, 1996; J. SADOWSKY, *Office of Technology Assessment: History, implementation, and participatory critique*, in *Technology in Society*, 2015, pp. 9-20; D. LAMBRO, *Fat City: How Washington Wastes Your Taxes*, South Bend, 1980.

⁴ See <https://www.whitehouse.gov/ostp/>.

In general terms, the *National Academy of Sciences* (NAS) publishes materials often used in the legislative decision-making process: see, in Italian, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018, pp. 149 ff.

⁵ S. PENASA, *The role of scientific advisory bodies and Biden administration: A laboratory for an evidence-based decision-making process?*, in *DPCE online*, Special issue, 1, 2023, pp. 333-344.

de la bioéthique. Before each amendment of the *Loi de bioéthique*, which must be considered for parliamentary review every seven years, a specific popular consultation is activated. Article 46 of the 2011 *Loi de bioéthique* states:

Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux.

In this way, any amendment to ethically sensitive and scientifically complex laws is preceded by consultation with both the society at large and specialized scientific and professional associations⁶.

In addition to stable and broad-spectrum institutional channels, some legal systems provide for other tools designed on a specific and ad hoc basis, intended for parliamentary advice on particular subjects.

For instance, the British regulation on the donation of mitochondrial material (*Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015*) was enacted after a series of contributions aimed at obtaining both scientific information and ethical opinions for Westminster. Before being passed, the regulation was reviewed three times by the Human Embryology and Fertilisation Authority (in 2011, 2012, and 2014) and the Nuffield Council on Bioethics⁷. Similarly, the

⁶ The most recent *États Généraux*, convened from January to June 2018, covered nine topics: reproduction and embryonic development, genetic engineering and predictive medicine, organ donation and transplantation, health data and privacy, robotics and artificial intelligence, neuroscience, health and the environment, procreation, end-of-life. See <https://www.etsgenerauxdelabioethique.fr/>. There is no agreement on the concrete and substantial effectiveness of the *États Générales*. Nonetheless, the French experience remains relevant, also from a symbolic point of view, on the formalisation of the channels through which scientific data and social assessments directly related to scientific and biotechnological innovations were submitted to Parliament (upstream), also in order to increase the legitimacy of the law (downstream).

⁷ S.A.M. MCLEAN, *Mitochondrial DNA Transfer. Some Reflections from the United Kingdom*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, pp. 81-88.

1990 *Human Fertilization and Embryology Act*, amended in 2008, was drafted following the 1984 *Warnock Report*⁸.

In Spain, to give another example, the *Ley 35/1988* established the *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana* (also known as the *Comisión Palacios*). Although composed by MPs, the Committee bases its work on a number of technical reports, obtained through the official hearing of doctors, geneticists, lawyers and philosophers.

In Italy, there are no institutional channels similar to the mentioned ones, apart from parliamentary hearings which, for a variety of reasons, do not effectively test the scientific sustainability of draft bills. Unfortunately, this failure is often evident in the lack of technological and scientific robustness of laws, which must be declared downstream by the Constitutional Courts. A case in point is the *Legge n. 40 del 2004*, on *Assisted Reproductive Technology (ART)*, whose incompatibility with scientific evidence had to be declared by the Constitutional Court, which had to essentially redesign the entire structure of the law⁹.

2.2. Case law

The need for openness of the law to science and its results, moving to the second formant mentioned, is also often felt in case-law and judicial rules¹⁰. In some extreme cases, the relationship between case-law and science is assured by the very composition of the court, with scientists sitting alongside ordinary judges. In this perspective, the so-called Green Courts have been established in a few countries with a special jurisdiction on environmental issues. One of the most important and well-known examples is the National Green Tribunal (NGT) of India,

⁸ M. WARNOCK, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Hoboken, 1985.

⁹ Cfr., in Italian, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

¹⁰ In general, A. SANTOSUOSSO et al. (eds.), *Science, Law and the Court in Europe*, Como, 2004.

set up in 2010¹¹, but envisaged already in the '80¹². Following the special composition of the Tax Courts, some scholars advocate for the establishment of Green Courts also in the USA, and some court rulings stated, more generally, as follows: «Substantive review of mathematical and scientific evidence by technically illiterate judges is dangerously unreliable»¹³. Considering the scientific complexity of artificial intelligence (AI) and the societal impact of its deployment, a special jurisdiction might also be conceived for ad hoc AI Courts. For example, the United Arab Emirates established in 2021 a specialized court to handle cases related to emerging technologies. The Digital Economy Court Division oversees complex national and transnational disputes related to current and emerging technologies across areas ranging from big data, blockchain, AI, fintech and cloud services, to disputes involving unmanned aerial vehicles, 3D printing and robotics¹⁴.

Without going to these extreme examples, it is common for technical experts or science panels to assist judges in bridging the gap between the judiciary and science¹⁵. These tools can help connect case-law with other sciences, although the actual outcome of the deci-

¹¹ E. CHATURVEDI, *Green Courts: The Way Forward?*, in *The Cornell Policy Review*, 2022: at <http://www.cornellpolicyreview.com/green-courts-the-way-forward/?pdf=3102>; D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in *Pace Environmental Law Review*, 2012, pp. 440-469.

¹² In a 1986 case (*M. C. Mehta v. Union of India*, (1986) 2 S.C.C. 176), the Supreme Court of India wrote as follows: «[S]ince cases involving issues of environmental pollution, ecological destruction and conflicts over natural resources are increasingly coming up for adjudication and these cases involve assessment and evolution of scientific and technical data, it might be desirable to set up Environmental Courts on a regional basis with one professional Judge and two experts drawn from the ecological sciences research group keeping in view the nature of the case and the expertise required for adjudication».

¹³ *Ethyl Corp. v. Environmental Protection Agency*, 541 F.2d 1, 67 (D.C. Cir. 1976) (Bazelon, C.J., concurring).

¹⁴ In 2022, the Courts issued a judgment related to one of the first cryptocurrency litigation disputes in the region, addressing the safe transfer and custody of cryptocurrency: <https://mediaoffice.ae/en/news/2022/December/14-12/DIFC-court>.

¹⁵ Among others, in Italian, G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

sions largely depends on the particular judicial philosophy of judges. Therefore, even when instruments enabling judges to decide with full knowledge of scientific data are available, case-law often remains diverse and contradictory. In this respect, recent US federal constitutional case-law on scientifically-based issues has yielded discouraging results. The USA is where the theme of the relationship between law and other sciences was born and developed with great attention, fuelling a rich and lasting dialogue between the main legal formants: Constitution, statutes, case-law, and scholarship. Books such as S. Jasanoff's *Science at the Bar* (1997), laws such as the *Inflation Reduction Act* of 2022, and rulings such as *Chevron* (1984) bear witness to this¹⁶. Nevertheless, today, the Federal Supreme Court is making decisions that may be easily considered contrary to scientific evidence. Looking at the combined rationale of *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* on the right to abortion¹⁷, *New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen* on gun control¹⁸, and *West Virginia v. EPA* on environmental protection¹⁹, all issued on June 2022, the journal *Nature* published an editorial whose title is very explicit: *Inside the US Supreme Court's war on science*²⁰. In its decision overturning the right to abortion, for example, the Court «ignore[d] more than a century of the nation's early history, when abortion in the first three or four months of pregnancy was tolerated», dismissing «decades of research indicating that its decision would negatively affect women's health and increase long-standing disparities in the health system». And in *West Virginia v. EPA*, it disregarded «decades of climate science on the looming peril of global warming». Also because of the three Donald Trump appointments, today's Supreme Court is «an ultraconservative, six-member superma-

¹⁶ See S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, 1997; *Inflation Reduction Act* of 2022; *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

¹⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022).

¹⁸ *New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. (2022).

¹⁹ *West Virginia v. the Environmental Protection Agency*, 597 U.S. (2022).

²⁰ J. TOLLEFSON, *Inside the US Supreme Court's war on science*, in *Nature*, 609, 2022, pp. 460-462: <https://www.nature.com/articles/d41586-022-02920-4>, from which the following quotations.

majority that is often sceptical of – if not outright hostile towards – science».

At the antipodes of this approach, it is possible to mention, among others, the Italian Constitutional Court. In an essentially steady case-law, the Court has repeatedly ruled on scientifically relevant issues, developing what could be called a scientific rationality or reasonableness test²¹. Using this standard, the Court of Rome declared, for example, the unconstitutionality of a regional law on psychosurgical interventions because the legislator disregarded scientific findings:

An intervention on the appropriateness of therapeutic choices could not result from purely political discretion on the part of the legislature itself, but should provide for principles based on scientific knowledge and experimental evidence, acquired by institutions and bodies – national or supranational – designated for this purpose, given the ‘essential importance’ that, for these purposes, the ‘technical-scientific bodies’ have²².

Ruling on ART, and in particular on the legitimacy of creating a maximum of three oocytes combined with the obligation to implant them all at the same time, the Italian Constitutional Court reaffirmed that:

it is important to point out that the case law of the Constitutional Court has repeatedly emphasised the limits placed by scientific and experimental knowledge on legislative discretion, which are continuously developing and on which the medical state of the art is based²³.

²¹ In general, see the contributions collected in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009.

²² It. Const. Court, dec. n. 282/2002. See <https://www.biodiritto.org/Dossier/Lost-found-in-translation/Italian-Constitutional-Court-decision-n.-282-2002-therapies-of-proven-efficacy-and-informed-consent>.

²³ It. Const. Court, dec. n. 151/2009. See https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/CC_SS_151_2009_EN.pdf. In Italia, see S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit.

And dealing with the constitutionality of the compulsory vaccination for prevention of SARS-CoV-2 infection for health care workers, the Court has recently confirmed its task of evaluating legislation on the basis of «the appropriate consideration of available scientific findings» (scientific rationality or reasonableness test)²⁴.

3. *Variables and complexity: other sciences and the law*

The above underlines the variables and complexity that law has to deal with when ruling on subjects with a specific scientific relevance (in particular hard sciences). Variables and complexity emerge also on the other component of the relationship, though – on the kind and specific features of the ‘other science’ which is involved.

Also on this side, certainty is rare and highly nuanced. Depending on which ‘other science’ we have to deal with, for example, outcomes with very different degrees of reliability and robustness occur. For instance, in meteorology extreme events, which can cause significant harm in terms of fatalities and material damage, can be predicted with varying margins of certainty. However, many Countries face difficult legal issues regarding the liability of researchers and scientists when they fail to provide timely warnings of catastrophic events, such as earthquakes or major floods²⁵. Other sciences can produce outcomes and projections with a relatively higher degree of certainty. Surprisingly, this is sometimes the case in fields such as biology or genetics. We know now, for instance, that mitochondrial transfer has proven to be a safe practice, even though the baby born after the procedure has DNA derived not from two, but from three parents. Advanced genome editing techniques, such as CRISPR-Cas 9 or Prime Editing²⁶, have been shown to be relatively safe on already formed organisms, but their use

²⁴ Dec. n. 14/2023.

²⁵ See, for example, K. JIYOUN et al., *To Warn or Not to Warn: Factors Influencing National Weather Service Warning Meteorologists’ Tornado Warning Decisions*, in *Weather, Climate, and Society*, 2022, pp. 697-708.

²⁶ Genome editing is a type of genetic engineering in which DNA is inserted, deleted, modified, or replaced in the genome of a living organism.

on developing beings, particularly human beings, is still very uncertain and potentially dangerous²⁷. Medicine is also firm in some areas, to the extent that the Italian Constitutional Court – as seen above – has developed the principle of scientific reasonableness, which states that a law is unconstitutional if it does not consider (sometimes if it does not respect) the shared results of scientific literature, by imposing unsafe treatments or preventing beneficial ones.

Concluding this section, it is easy to see that the relationship between law and other sciences is not a simple one, given the various variables, differences, and correlations involved. It can be complicated, uncertain, and at times confusing. Additionally, it is not easy to manage this relationship, because different sciences and researchers use varying terminologies, categories, and methodologies.

4. Ingredients for a good relationship? The three Ts

Despite the difficulties highlighted above, there are some ingredients that can help the law to address, and perhaps solve, the problems mentioned. Among them, I can list the the three *Ts*: the law must be Tuned, Timely, Tailored.

4.1. Tuned law (science and society)

Regarding the first T, a Tuned law means that the law must be open to the consideration and recognition of scientific evidence, as mentioned above. Comparative law provides some practical examples of how this can be achieved. In addition to aligning with scientific progress, the law must also be open and receptive also to the diverse views

²⁷ Chinese scientist He Jiankui had to serve three years in jail, lose his funding and his research position, discrediting the technique in general. See National Academy of Medicine, National Academy of Sciences, and the Royal Society, *Heritable Human Genome Editing*, The National Academies Press, 2020 (https://nap.nationalacademies.org/login.php?record_id=25665); S. MALLAPATY, *Disgraced CRISPR-baby scientist's 'publicity stunt' frustrates researchers*, in *Nature*, 12 Feb 2023: <https://www.nature.com/articles/d41586-023-00382-w>.

and reactions that scientific discoveries produce in society. This means respecting the dynamic and pluralistic nature of society. When dealing with the legal phenomenon vis à vis scientific issues, whether as researchers, legislators, or judges, we must give due weight to the other components of our social living, for various reasons.

The most recent scientific and technological outcomes often raise highly sensitive, divisive, and controversial questions. For instance, in the case of genetic engineering, one may argue that allowing people to be genetically immune to diseases is legally permitted and even desirable, while another may see it as the first step towards a new form of eugenics. Organoids and mini-brains are also highly controversial scientific applications²⁸. For example, the cells used at Stanford for in vitro culture are human stem cells, that allow the study of the development of diseases like autism or Alzheimer. Although much smaller, cerebral organoids behave similarly to real human brains²⁹. The problem, of course, is defining these mini-brains, determining who they belong to, and addressing the question of whether their development is advanced enough to generate human consciousness (or something similar). AI is another example of the controversial nature of innovative science applications, particularly in its potential to replace human decisions in fields such as security, predictive policing, medicine, and even justice. The use of ChatGPT in various domains has fuelled an already heated debate³⁰. Can a judge use it?³¹ Would an algorithmic judge or a robotic jury deliver justice? What about the Magna Carta requirement

²⁸ Cerebral organoids are artificially grown, in vitro, miniature organs resembling the brain. They are created by culturing pluripotent stem cells in a three-dimensional bioreactor. See, among others, O.L. EICHMÜLLER, J.A. KNOBLICH, *Human cerebral organoids – a new tool for clinical neurology research*, in *Nature Reviews Neurology*, 2022, pp. 661-680.

²⁹ S. REARDON, *Lab-grown ‘mini brains’ produce electrical patterns that resemble those of premature babies*, *Nature*, 22 November 2018, 563, pp. 453.

³⁰ Among others, L. FLORIDI, *AI as Agency without Intelligence: on ChatGPT, large language models, and other generative models*, in *Philosophy and Technology*, 2023: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4358789.

³¹ See the article published in *The Guardian*, 3 Feb 2023: *Colombian judge says he used ChatGPT in ruling*: <https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/03/colombia-judge-chatgpt-ruling>.

of a lawful judgment of our peers? What about the common constitutional principle that «Justice is administered in the name of the people»? Will a robot, no matter how intelligent, ever be considered our peer, and will it ever speak for the people?³²

All these topics are inherently controversial, sensitive, and divisive. They are connected to different *Weltanschauungen* and tend to divide societies, politics, communities, and cultures. Therefore, a key feature that the law must consider when regulating other sciences and their technological applications is their ethical divisiveness. In order to address this, the law needs to be opened up to accommodate the plurality and diversity of different positions in society.

Moving from the relationship of law with ‘hard sciences’ to other humanities, and turning to the contributions collected here, Roberta Aluffi presents a paper on the importance of the relationship between law and religion, while Anne Griffiths advocates for the adoption of a more socially oriented approach to law. In this perspective, returning to the concept of ‘tuned law’, we need a law that is in harmony with the different social components, as well as with scientific innovations and new technological applications. Along these lines, we should also remember the formula of the ‘evidence-based law’³³.

4.2. *Timely law*

The second ingredient that can be added to law to improve its relationship with other forms of knowledge is the ‘time factor’. Science produces outcomes that are constantly tested, specified, and not so rarely proven wrong by subsequent studies. Along with technology, it de-

³² In Italian, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, at <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1082>. In general, S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2022: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1574>.

³³ In Italian, C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, pp. 179-208.

velops rapidly and in a nonlinear manner. What may have seemed certain and safe in the field of medicine yesterday can become unclear and risky today, and vice versa. Autonomous vehicles, to make another example, do not have the capability for true self-driving and drivers are always held liable for car accidents. However, in the future, cars could become fully autonomous, and the liability regime would have to change accordingly. When discussing the relationship between law and other sciences, we must consider that the latter are fast-moving and change very quickly. Therefore, we must conceive of a law that can adapt to such changes. As the Italian Constitutional Court has stated

it is undeniable that any law developed on the basis of medical-scientific knowledge is by its very nature transient, because it is adopted in the state of knowledge at the time and is destined to be superseded as a result of medical-scientific evolution³⁴.

The law must, therefore, be able to react quickly and keep pace. Otherwise, it will soon become obsolete and ineffective.

The first problem in this regard is that the political decision-making process (particularly in such controversial matters) is slow and requires difficult and time-consuming negotiations. As a result, the law may be enacted too late, when the object being regulated has already changed. Moreover, another problem arises: the constitutional principles of predictability and certainty respond to equality stability and continuity, which are antithetical to continuously changing laws. Therefore, there is a conflict between legal certainty on the one hand, and the need to have laws that are current and up-to-date on the other. This challenge is not new, as Roscoe Pound wrote back in 1923, «Law must be stable, and yet it cannot stand still»³⁵.

Comparative law can also be helpful in suggesting ways to resolve these contradictions. For example, the mentioned French *Lois de Bioéthique*, in this regard, must be reconsidered by the Parliament at least every seven years. Stronger examples include the use of ‘sunset clauses’ and ‘experimental legislation’, which are acts with an expiration

³⁴ Dec. n. 14/2023.

³⁵ R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923.

date after which they are no longer in force. Israel and Rhode Island have employed this strategy for regulating genetic engineering and reproductive cloning, while Switzerland has done the same for complementary and alternative medicine³⁶.

4.3. Tailored law

When working with other sciences, we also need a law which is narrowly tailored to fit the peculiarities of the specific object to be regulated. Here, again, we have to balance two opposite needs: the generality of the law and the respect for equality, on the one hand, and attention to the particular characteristics of the object to be regulated, on the other.

As a matter of fact, every single scientific innovation and technological application is different from all the others and raises particular issues that are hardly common. Differences from case to case are very relevant, and they can be hard to detect, and may be due to small elements or nuances. Cloning by parthenogenesis is different from cloning by somatic cell nuclear transfer, for instance, so much so that the former can also be patented in the human sphere, unlike the latter. Totipotent embryonic stem cells, which can give rise to all types of cells that make up the body, are different from pluripotent stem cells, which cannot form all cell types in the body. It is not easy to distinguish a vegetative state from a minimally conscious state, but the difference in the definition of futile treatment or in the possibility to give informed consent is relevant. A general regulation on the appropriate use of AI in predictive justice may be totally irrelevant or counter-productive if applied in medicine. And even in medicine, AI's role in diagnosis may be much more useful than in the doctor-patient relationship.

In short, other sciences and their technological application are full of small differences and nuances that make a big difference in their regulation. Nevertheless, these differences, sometimes hard-to-detect, make it very difficult to find an appropriate regulation through broad principles or even through parliamentary acts, which are general and abstract

³⁶ S. RANCHORDÁS, *Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty?*, in *Statute Law Review*, 1, 2014, pp. 28-45.

by definition. From this perspective, the law must recognize and take into account these differences, so as not to compromise the suitability and proportionality of the regulation, with general and inaccurate rules. But while attentive and tailored, the law must maintain a level of generality that allows it to respect the principle of equality. Here, it is possible to consider a tailored law or a variable-geometry law, that can distinguish different cases and different objects and rule on them accordingly, while remaining rational and reasonable. Several countries belonging to both common law and civil law try to achieve this result through different means. In the UK, for example, the Human Fertilisation and Embryology Authority, according to the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, performs such an important range of functions, including publishing a Code of practice, as to be understood as a kind of technical co-legislator; and something substantially not very different happens in Spain with the *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*³⁷. Almost everywhere, to give another example, the regulation on clinical trials entrusts ethics committees with the task of applying general principles to individual cases, with a large margin of discretion³⁸.

In all of these cases, the law does not begin and end with the act of the Parliament, which is just one part of a larger and more inclusive process. It is anticipated and supplemented by technical bodies, co-regulations, or rules issued by the executive, agencies, or independent authorities, according to a so-called principle of normative complementarity or subsidiarity³⁹. And ultimately, the judiciary has everywhere the task and responsibility of accommodating the *stare decisis* principle to the individual case, carrying out a quasi-creative activity, especially on most cutting-edge issues.

³⁷ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., pp. 244 ss.

³⁸ See, in general, L. BUSATTA, C. CASONATO (eds.), *Axiological Pluralism. Jurisdiction, Law-Making and Pluralism*, Cham, 2021.

³⁹ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., p. 87.

5. Concluding-introductory remarks

As mentioned at the beginning of this brief introduction, the topic of the session “At the Crossroad of Comparative Law: the Relationship of Law with Other Sciences” is complex and dense. Depending on the legal formant and the type of science involved, it presents issues that are as fascinating as they are challenging. In any case, law must respect the shared outcomes of science, as well as the pluralism and dynamism present in contemporary societies (Tuned law). It must also take into account the variability and changeability of the results reached by other sciences, using normative instruments that favour both flexibility and certainty (Timely law). Additionally, it must appreciate the concrete peculiarities of the scientific objects to be regulated, without abdicating the equal treatment principle. As suggested in this short introductory paper, comparative law can play an important role by offering several examples of how to proceed in this direction.

METHODOLOGICAL PLURALISM AND LEGAL COMPARISON: CHALLENGES IN THE POST-GLOBAL AGE

Roberto Scarciglia

1. Introduction

Globalization continues its transformations by significantly modifying the world's geopolitics, the economies, needs and expectations of the weakest sections of the world population, and the values on which legal systems are built. A global pandemic and Russia's invasion of Ukraine are two of the leading events that have produced adverse cascading effects in the most diverse sectors of the life of nation-states.

These events arouse, on the one hand, a great interest in legal scholars, and, on the other hand, they pose some questions: if it is unusual to see an unexpected event happening, what kind of defence do we have against that? Without a doubt, it is impossible to give a reliable answer to this question. We must consider that the relationship of comparatists towards globalization and global law has different orientations, distinguishing between static and dynamic comparative law. This difference will play a decisive role in the choices of aims, methodology, and purposes of comparative research, but above all, the scientific value of the results. The time of comparative legislation, or descriptive micro-comparisons, is far away for many comparatists.

Regarding comparative methodology, global phenomena direct comparative legal scholars to abandon a functionalist perspective, in favour of methodological pluralism and a new approach to quantitative methods and the study of legal problems and their solutions from a transnational and global perspective. However, to address this path, we might move from unilateral and solitary comparison to collaboration between scholars from different areas, from national groups to epistemic communities, and, in essence, toward developing interdisciplinary

comparative law. The time of comparative legislation, or descriptive micro-comparisons, is long gone for many comparatists, who engage in dialogue with foreign scholars or scholars from other scientific disciplines.

Experts on global phenomena have spoken about ‘deglobalization,’ ‘globalization crisis,’ and ‘evolving globalization’¹. From this perspective, legal comparison, with the increasingly complex problems deriving from global phenomena, is critical, and comparative law and its scholars play an essential role. The issue of methodological pluralism and its relation to legal comparison is the subject of these brief reflections.

2. Methodological pluralism

The concept of ‘methodological pluralism’, defined in many sciences, identifies the tolerance of various methods, also used in different phases of a comparative procedure, even for the realization of research projects². Paul Feyerabend used the term “pluralistic methodology” precisely to indicate the assumption that a scientist who wishes to maximize the empirical content of his opinions and understand them as clearly as possible, cannot do without this approach³.

¹ See among others N.D. KARUNARATNE, *The Globalization-Deglobalization Policy Conundrum*, in *Modern Economy*, 3, 2012, pp. 373-383; H. TANG, *Globalization in Crisis Lessons from the Past Two Centuries with Some Thoughts on the Current Events*, in *HKU Business School and Johns Hopkins SAIS*, 2020, pp. 1-39; A. GARCÍA-HERRERO, *From Globalization to Deglobalization: Zooming Into Trade*, in *Las claves de la globalización 4.0*, 2019, pp. 33-42.

² See D. DELLA PORTA, M. KEATING, *Approaches and Methodologies in Social Science: A Pluralist Perspective*, Cambridge, 2008; G. MIDGLEY, J.D. NICHOLSON, R. BRENNAN, *Dealing with challenges to methodological pluralism: The paradigm problem, psychological resistance and cultural barriers*, in *Industrial Marketing Management*, 62, 2017, pp. 150-159. With regard to comparative law, see M. ODERKERK, *The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research: Sense and Nonsense of “Methodological Pluralism” in Comparative Law*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 79, 2015, pp. 589-623.

³ P.K. FEYERABEND, *Science in a Free Society*, London, 1978, p. 10.

Friedrich Nietzsche is in the same position. In passage 432 of *Aurora*, he confirms the idea that “in science there is no exclusive method of knowledge”, emphasizing the need to

approach things with hesitation, treating them in turn with harshness or with justice, with passion or with coolness, since ‘one researcher deals with things like a policeman, another like a confessor, and a third still like a curious traveller’⁴.

In the 1960s, comparative legal doctrine reflected on this issue, preferring the concept of ‘variety of methods’ rather than ‘methodological pluralism’. In subsequent years there has been no establishment of a shared paradigm by the doctrine, given the presence of numerous variables, with varying degrees of intensity for the choice of methodological approaches for the effectiveness of comparative research. It depends on the purposes for which it is carried out⁵.

As Vicki Jackson notes, methods for comparative analysis in constitutional law are the same as those generally used in the various fields of comparative research. The same work may result from applying different methods, both in classification and functional analysis⁶. In this regard, I would like to recommend a very useful and interesting book for comparative research, *Methods of Comparative Law* by Pier Giuseppe

⁴ F. NIETZSCHE, *Morgenröte. Gedanken über die moralischen Vorurteile*, Chemnitz, 1881, translated from German into Italian by F. MASINI, *Aurora. Pensieri sui pregiudizi morali*, Milano, 1978.

⁵ Some comparative law books dedicate significant space to methodology: among others, see M. SIEMS, *Comparative Law*, 3rd ed., Cambridge, 2022, p. 15-411; P. LEGRAND, *Negative Comparative law*, Cambridge, 2022; P.G. MONATERI, *Advanced Introduction*, cit.; U. KITSCHEL, *Comparative Law*, translated from German into English, Oxford, 2019, pp. 85-123; C. VALCKE, *Comparing Law: Comparative Law as a Reconstruction of Collective Commitments*, Cambridge, 2018; J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford-Portland, 2015; pp. 58-272; G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford-Portland, 2014.

⁶ V.C. JACKSON, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford-New York, 2012, p. 54. See also A. BARAGGIA, *Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition*, in *Law and Method*, Special Issue, *Comparative Law*, 2017, pp. 1-13.

Monateri⁷. The increasing complexity of legal phenomena has, for example, broadened the horizon of comparative research, which is no longer limited to qualitative research, but extends to quantitative research, which Mathias Siems also calls ‘numerical comparative law’⁸.

This perspective should be defined to avoid misinterpretations, as Marieke Oderkerk pointed out, considering that the plurality of methods does not necessarily cover all phases of comparative research⁹. We need more space to analyse the variety of methods used in comparative research, with or as an alternative to functionalism¹⁰.

3. Methodological pluralism and comparative process

The comparatist who has read Nietzsche’s *Aurora* must include being faced with questions concerning methodology and its use. He or she might ask whether it makes sense to exclusively approach comparative research using the methodological approaches in vogue in the last century. Alternatively, it is necessary to confront the knowledge and application of multiple methods, which must also be known operationally.

What are the factors that can lead a comparatist to ask this question? An answer is necessary to develop a framework defining how a variety of methods, or methodological pluralism, can be employed in legal comparison. On the other hand, a reflection on this issue may be helpful to assess, from a new perspective, comparative law. From this perspective, Mathias Siems observes: ‘the main purpose of [postmodern] com-

⁷ P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham (UK)-Northampton, 2012. See also ID., *Advanced Introduction to Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2021.

⁸ M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., p. 122.

⁹ M. ODERKERK, *The Need for a Methodological Framework*, cit., p. 599.

¹⁰ For a critical stance on the use of functionalism as the single method of research, see R. HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009, pp. 69-73; E. ÖRÜCÜ, *Developing Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative Law: A Handbook*, Oxford 2007, pp. 51-52; G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, pp. 434-440.

parative law is not to find common denominators between legal systems, but to understand their complexity'¹¹.

The starting point for this reflection could be the comparative procedure and the application of a methodology at different stages of research, considering that several methods do not necessarily have to be applied in parallel. On the other hand, the idea that the functional approach can be considered an acceptable method for legal research using a comparison is on the wane, as it is only one of the possible approaches for selecting research objects within the different legal systems¹².

In comparative research, some necessary elements are fundamental, such as the description of the object to be analysed, the definition of the project's objectives and expected results, and the methodology used. These elements also include the formulation of one or more *research questions*, the choice of systems to be included in the research, the sources of law to be analysed, and *tertium comparationis*. A researcher necessarily also considers the objective of the analysis and whether this is normative or merely descriptive.

Léontin-Jean Constantinesco divided the procedural path into the stages of 'knowledge', 'understanding', and 'comparison', which may be followed by an eventual stage of applying the results¹³. Once these elements are defined, the researcher initiates a 'comparative process'. It consists of a series of concatenated and preparatory steps to compare models, solutions, or institutions of different systems. First, it examines the differences and assesses whether a comparison is possible.

This pattern has been followed almost uniformly by the doctrine, albeit with some uneventful variations that are present in the definitions of procedure in other legal disciplines, such as, for example, adminis-

¹¹ M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., p. 142.

¹² See R. HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009, pp. 69-73; E. ÖRÜCÜ, *Developing Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative Law: A Handbook*, Oxford 2007, pp. 51-52; G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, pp. 434-440.

¹³ See P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, 2nd ed., London, 1999, pp. 233-239; W.J. KAMBA, *Comparative Law: A Theoretical Framework*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 23, 1974, pp. 485-519.

trative law. In this regard, it has been correctly observed that this scheme may coincide with the entire research project, or only with a part of it, and that, in any case, the sequence of phases is purely indicative, as the project may be remodelled at the conclusion of the individual phases¹⁴.

Mainly, regarding the definition of a research question, a legal scholar must necessarily consider his or her knowledge, epistemological prejudices, attitude toward the consequences of the theories he or she shares, and the methods or techniques he or she chooses to use for his or her analysis¹⁵. At this stage, a researcher might prefer to reflect quasi in a solitary dimension before confronting other scholars on the same subject and move, at a later stage, to a collaborative or interdisciplinary perspective¹⁶, also considering that a comparative research project often contains multiple questions about socio-legal profiles.

Concerning the method employed in research, Vernon Palmer observed how

the method [is] now identified by the ‘techniques’ with which comparisons are made. These have thus acquired the status of different methods: thus, we have historical, functional, evolutionary, structural, thematic, empirical and statistical comparisons, and all of these can be made from a micro or macro point of view¹⁷.

¹⁴ See J.L. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, vol. II: *Die rechtsvergleichende Methode*, Köln, 1972, translated from German into Italian, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2000, p. 103 ff.

¹⁵ See V.P.K. FEYERABEND, *Against Method*, cit., p. 66; M. ADAMS, J. GRIFFITHS, *Against ‘comparative method’: explaining similarities and differences*, in M. ADAMS, J. BOMHOFF (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 279-301. See also M.-L. PARIS, *The Comparative Method in Legal Research: The Art of Justifying Choices*, in L. CAHILLANE, J. SCHWEPPE (eds.), *Legal Research Methods: Principles and Practicalities*, Dublin, 2016, pp. 39-55.

¹⁶ See recently J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law*, Cheltenham, UK, and Northampton, MA, 2022; M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., pp. 447-451; S. GRUNDMANN, H.W. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021.

¹⁷ V.V. PALMER, *From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, in *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, pp. 262 ff.; M. REI-

Choosing one or more methods is undoubtedly difficult, and it is common to see the use of approaches that are not particularly brilliant, if at all. Undoubtedly, this choice is also strongly influenced by research questions.

In connection with these choices, the researcher can always better define (initial) aims of the research, which may or may not be normative. As Annelise Riles notes, a comparatist must always try to fit the research aims to find a model helpful for transforming or harmonizing legal systems, or identifying the best solutions for a legal or social problem¹⁸. Let us consider the ‘non-regulatory’ perspective. The “Trento to Common Core” project, presented by Mauro Bussani and Ugo Mattei on July 6, 1995, and inspired by the *Cornell seminars* led by Rudolph Schlesinger¹⁹, as well as the “Common Core of European Administrative Laws” project, led by Giacinto della Cananea and Mauro Bussani, deserve a specific mention²⁰.

In this phase, also referred to as the ‘preparatory stage’, the methodological approach is almost always functional, making it possible to identify the factors involved in the comparative research, such as legal institutions, rules, or legal solutions followed in certain legal systems. In this case, legal functionalism will also influence other choices in the subsequent comparative procedure.

According to Constantinesco, the knowledge phase is followed by the understanding phase. The researcher must proceed to reintegrate the comparison term into his or her ordering, confronting the different fac-

MANN, *The Progress and Failure of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 50, 2004, p. 671.

¹⁸ A. RILES, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford (UK)-Portland (OR), 2001, p. 11.

¹⁹ R. SCHLESINGER, *The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Comparative Study*, in K.H. NADELMANN, T. VON MEHREN, J.N. HAZARD, *XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 6; M. BUSSANI, U. MATTEI, *Preface: The Context*, in IID. (eds.), *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project*, Zuidpoolingel (Netherlands), 2002, p. 1 ff.

²⁰ M. BUSSANI, *On the ‘Common Core of European Administrative Laws’ Methodology (and European Tort Laws)*, in G. DELLA CANANEA, R. CARANTA (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in European Laws*, Oxford, 2020, p. 26.

tors involved in the comparative analysis. Through an interdisciplinary approach, the researcher can use “methods and techniques drawn from other disciplines such as political science, legal history, legal sociology, legal anthropology, statistics, and economics”²¹. On the one hand, this approach implies that the researcher delineates the impact of these different factors on the research and the responses to them.

The research results may also be decorative or merely descriptive and, consequently, could be more functional in achieving the expected results. Those who started a research program know that these results “reveal the skills, methods, and talents of their markers; they allow us to distinguish the good, the bad, and the temporary in the means of production. A thing well done will last [...]”²². From this perspective, similarities and assonances between two or more jurisdictions can, in some cases, be considered coincidences, as opposed to dissonances that may reveal the features of cultural and social matrices of other jurisdictions. However, both perspectives can be valuable for comparative analysis to simplify the study of foreign law.

It is worth emphasizing that comparative science is increasingly moving towards general macro-comparative studies, also through quantitative methods, to identify factors and variables that influence the transformation of legal systems, also from a nomogenetic perspective. Technological developments have enabled rapid progress to facilitate this approach, especially with artificial intelligence²³. From another point of view, the knowledge of a legal system’s language and cultural and social factors might reveal that

experience without theory is just as incomprehensible as (one assumes) a theory without experience. If one eliminates a part of the sensitive knowledge of a sentient subject, one will have a person completely disoriented and unable to perform the simplest action.

²¹ M. ODERKERK, *The Need for a Methodological Framework*, cit., p. 619.

²² P.H. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 4th ed., Oxford, 2010, p. 7.

²³ See C. CASONATO, *L’intelligenza artificiale e il diritto pubblico comparato ed europeo*, in *DPCE Online*, 51, 2022, pp. 169-178; L.C. WOLFF, *Artificial Intelligence ante portas: The End of Comparative Law?*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, 7, 2019, pp. 484-504.

None of these factors is separable from passion which ‘gives rise to specific behaviours that create the circumstances and ideas necessary to analyse and explain the process, to make it rational’²⁴.

4. *Concluding remarks*

The issue of methodological pluralism has recently received significant attention from comparative scholarship, not only because of the need for a multidisciplinary and polyphonic view of complex problems, but also because of the effects of global phenomena. From this angle, Ralph Michaels has pointed out how

the plurality of legal systems, the coexistence of the laws of states with other rules ‘beyond the states’, the absence of a hierarchically superior position that transcends differences, all these issues of legal pluralism tend to reappear in the global sphere²⁵.

All legal systems, Western and non-Western, are plural; consequently, it is necessary to consider legal pluralism as a global phenomenon. Therefore, we must ask ourselves why comparative law and its methodology are essential for studying different forms of pluralism. From a global point of view, there are new factors to be taken into account in comparative studies, such as the emergence of new areas of normativity, private powers, and transnational actors in an international context, such as a new configuration of political relations between states, and a critique of the Western view of the relationship between centre and periphery. The recent events of the Covid-19 pandemic and the invasion of Ukraine are tragic confirmations of these factors. Comparative law in itself has the potential to create a common ground, a common zone of impact, a set of intersections where different actors can initiate, or continue, forms of constructive dialogue. The confrontation between these actors should increasingly focus on co-connecting the dynamic profiles

²⁴ P.K. FEYERABEND, *Against Method*, cit., p. 137.

²⁵ See R. MICHAELS, *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law & Social Science*, 5, 2009, pp. 1-35.

of legal traditions with the shift from the study of nation-states to that of epistemic communities. These communities can be characterized by people belonging to different cultural traditions, in which it is possible to find common elements that constitute the binding agent.

On the one hand, there may be a common patrimony of values and, on the other, some critical differences. Thinking back to the legal traditions and methodology or methods, which characterize comparative law, their plural use can help us identify a place: 'between cultures and peoples, between empires and the world of stateless villages, [...] where different peoples recompose their differences'²⁶.

Moreover, the example of Canada can represent the image of an excellent laboratory in which legal pluralism, co-bilingualism, and methodology are experimented with in the perspective of a *common ground* of shared values and rules, while respecting differences. A comparative analysis that considers this perspective highlights the need to verify the validity of the methods used in comparative law from an increasingly transnational and global perspective and increasingly attentive to the depth of cultural traditions. From such an angle, quantitative methods can, on the one hand, assist the effectiveness of comparative analyses and, on the other hand, make it possible to review current perspectives on legal pluralism and address the challenges that complex phenomena increasingly pose to comparative legal scholars.

²⁶ R. WHITE, *The Middle Ground: Indians, Empires and Republics in the Great Lakes Region*, Cambridge, 1991, p. X.

IDENTITY POLITICS: THE RELATIONSHIP OF (COMPARATIVE) LAW WITH OTHER SCIENCES

Giorgio Resta

1. Introduction

The title of the Conference's session, to which I was kindly invited to contribute, is: "At the crossroads of comparative law: the relationship of law with other sciences". It is apparent that the emphasis is not (only) on comparative law, but more generally on the "law". Its relationships with other "sciences", according to the organizers of this conference, should be the focal point of the investigations.

Obviously, this is not a topic that could be even sketched, not to say comprehensively analysed, in a short contribution. Therefore, the aim of this paper is to share some thoughts on three main points. The first is the relationship of "law" with other fields of knowledge. The second one, closely related, concerns the problem of the "scientificity" and the disciplinary identity of the law. The third one is the position of comparative law within this debate and its possible contribution for the ongoing debate on legal education reform.

2. The relationship of law with other sciences

The relationship of law with other sciences recently entered the agenda of researchers, teachers and policy makers. It is an issue which is becoming more and more intensively debated – albeit for opposite reasons – not only in the United States, but also in Europe. It is apparently a matter of the highest interest for academic circles, involving delicate issues of recruitment and research funding, and for institutional decision makers as well. Ministerial commissions – or university boards – are discussing almost everywhere reforms of legal education

aimed at a modernization of the curricula, and interdisciplinarity is a keyword of most preparatory documents¹.

Why is this happening, and what are the issues at stake?

Let us start by advancing some explanations about the reasons behind such an impressive ‘come back’ of an issue that may appear new but is indeed quite old and was strongly debated – together with the general idea of law’s ‘scientificity’ (see below, par. 3) – at the end of the 19th century². Among many others, two factors deserve to be mentioned.

First, law’s autonomy is increasingly challenged by various social practices, to a large extent driven by technological and scientific development³. This is a circumstance long observed by the French scholars, among others, who have devoted an impressive amount of research to the phenomenon (be it real or perceived as such) of the law’s increasing takeover by other systems of regulation. Whereas in the past the emphasis was on “le droit saisi par la morale”⁴, or “le droit saisi par la mondialisation”⁵, it is nowadays on “le droit saisi par la biologie”⁶ and “le droit saisi par l’intelligence artificielle”⁷. The challenges brought, in particular, by the digital technologies and by the AI are nowadays of central importance. Digitalization and automatization are deeply affecting our social fabric, and the legal institutions are no exception to this. AI tools make new forms of social governance possible, and they un-

¹ S. CASSESE, *Legal Education Under Fire*, in *European Rev. Priv. L.*, 2017, p. 143; A. DYEURE, *Fixing European Law Schools*, in *European Rev. Priv. L.*, 2017, p. 151.

² A. DUFOUR, *Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne*, in P. AMSELEK (ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, 1994, pp. 147 ss.; R.M. KIESOW, *Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne*, *ivi*, p. 187.

³ See generally for the colonizing tendencies of other social subsystems, G. TEUBNER, *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*, in R. RAWLINGS (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford, 1997, pp. 149 ff.

⁴ J. KRYNEN (ed.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, 2005.

⁵ C.A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, 2001.

⁶ C. LABRUSSE-RIOU, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Paris, 1996; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2018.

⁷ J. DUPRE, *Du droit saisi par l’IA au droit saisissant l’IA. Eléments de réflexion*, in *Archives phil. dr.*, 2018, p. 103.

leash opportunities that could be exploited by the legal system to better achieve its aims. One might think, for instance, at the debate on the ‘personalization’ of the law: data-driven techniques currently allow to tailor the content of the rules as to take account of objective or subjective variables that may be considered significant for a better regulation⁸. This, however, means a radical departure from the legal tradition of liberal democracy, which had among its main pillars the idea of the general and abstract character of legal norms. Not by chance, one of the most striking examples of data-driven governance is offered by the Chinese social-credit program, which is predicated on an extreme personalization of rewards and sanctions, and as such it is deemed incompatible with Western values⁹. Or one might consider the controversial issue of algorithmic decision-making: resort to automated decisions has become widespread, and proposals have been advanced to make use of AI tools for many decisions, including administrative and judicial decisions, as to avoid or reduce bias and inconsistency among serial decisions¹⁰. But to what extent can we accept that judicial rulings are taken by machines? Can we seriously imagine trials without the empathic intelligence possessed by human being?¹¹ Not only legal institutions, but also legal professions are facing the challenges brought by the digitalization, and indeed many voices have been raised, denouncing the risk of a ‘uberization’ of legal services and depicting a grim picture about the future of legal professions¹². Such a development has an impact not only at the layer of the law as a set of institutions, as it was

⁸ O. BEN-SHAHAR, A. PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford, 2021, especially pp. 201 ss.; *Symposium: Personalized Law*, *Chicago L. Rev.*, 86, 2019.

⁹ Y.J. CHEN et al., ‘Rule of Trust’: *The Power and Perils of China’s Social Credit Megaproject*, *Columbia J. Asian Law*, 32, 2018; D. MAC SÍTHIG, M. SIEMS, *The Chinese social credit system: a model for other countries?*, EUI Working Papers, Law, 1, 2019.

¹⁰ G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 199.

¹¹ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.

¹² R. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*, Oxford, 2010.

forecasted by Larry Lessig, but also on the law as an object of study and research. Law's disciplinary autonomy is revoked into doubt, and many argue that the law should get closer and closer to computer and data science¹³. And the opposite is true as well: one could not ignore that computer scientists are increasingly looking for guidance by legal professionals with regard to the fundamental operations of collecting data, testing a model and instructing a machine, as to make them compliant with the legal system.

Secondly, even when law's autonomy is not directly menaced, the growing complexity of reality makes the traditional model of mono-disciplinarity obsolete. The serious challenges faced nowadays by our societies (first of all the ecological crisis) require complex and integrated approaches. This is true for all disciplines, but particularly so for the law, given its critical role in regulating social phenomena and educating/selecting the political and administrative elites¹⁴. The labour market itself is rapidly and deeply changing, making the traditional model of legal services obsolete, and raising the demand for new professional roles that combine legal and extra-legal skills¹⁵. New tasks in risk assessment and conflict avoidance, in particular, signal the importance of a more flexible and integrated system of legal education.

Moreover, the increasing 'juridification' of social spheres, which were in the past considered beyond the legal domain, has significantly broadened the gamut of choices entrusted to the legal system¹⁶. Decisions over the human body are the clearest example¹⁷. Whereas in the past to live or not to live, to procreate or not to procreate, to die or to

¹³ S. HOD et al., *Data Science Meets Law*, *Communications of the ACM*, 65, 2022.

¹⁴ S. CASSESE, *Legal Education Under Fire*, p. 146.

¹⁵ For a detailed analysis see A. DYEVE, *Fixing European Law Schools*, cit., pp. 158-160.

¹⁶ G. TEUBNER (ed.), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin-New York, 1987; R. KREIDE, *Re-embedding the Market through Law? The Ambivalence of Juridification in the International Context*, in C. JOERGES, J. FALKE (eds.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford-Portland, 2011, p. 41.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 179.

survive, were to a large extent events beyond the human control and depending by nature or chance, they have been nowadays brought back in the domain of choices. As a result, the law has been increasingly called upon to settle controversies originated by the new interferences with natural processes and with the new uses of the human body¹⁸. Decision-making became more complex in many areas, and this made it necessary to increasingly resort to other sciences (such as genetics, anthropology or psychology) for better understanding and guidance. The increasing policy-making activity of courts clearly reflected this trend and showed the importance of teaching law students to properly evaluate not only the meaning and structure of black letter rules, but also the impact of decisions on the behaviour of litigants and the society at large¹⁹.

A third factor is related to the crisis of the university as an institution largely shaped by the needs of the nation-state²⁰. As it is well known, during the 19th century universities – in particular in the German model, which influenced almost all Europe – were considered as an important element of nation-building processes and were increasingly put under state control²¹. The state provided funding and, subject to national variations, influenced the process of appointment of professors. In many instances it introduced a rigid system of exams to certify the skills acquired and regulate the transit to the professions²². New fields of knowledge emerged, mostly in the sector of the ‘social scienc-

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A. DYEUVRE, *Fixing European Law Schools*, cit., pp. 160-161.

²⁰ S. GRUMBACH, *L'empire des algorithmes. Une géopolitique du contrôle à l'ère de l'anthropocène*, Paris, 2022, pp. 132 ff.

²¹ C. CHARLE, *Modelos*, in W. RÜEGG, *Historia de la Universidad en Europa*, III, *Las Universidades en el siglo XIX y primera mitad del XX (1800-1945)*, Bilbao, 2017, pp. 47 ff.

²² As regards the state's role see P. SCHIERA, *Modelli di università nell'Ottocento europeo: problemi di scienza e di potere*, in I. PORCIANI (a cura di), *L'Università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, Napoli, 1994, p. 3.

es²³. The boundaries among the disciplines were strengthened and made less permeable²⁴.

Law and legal studies were among the fields most deeply affected by this development²⁵. This is not surprising. Even though law was one of the oldest and most important subject-matters, literally at the roots of European universities²⁶, it acquired a new role and significance in the 19th century as the main vector of formation and selection of political and administrative elites²⁷. Law faculties acted as the gate of access for the national bureaucracy (the judiciary being included in this notion). Its relationship with the state was strengthened, and this had a strong impact on the structure of the curriculum, on the systems of evaluation, as well as on legal epistemology in general²⁸. Its disciplinary identity was built around the idea that the *proprium* of the law, what distinguished it from other fields of knowledge recognized within modern universities, was given by its object (and methods) of inquiry. It focused on the positive law of the nation-state, and no more on natural law²⁹. The study of the structural connections among the rules and principles of a legal system, as well as the methods of interpretation, became the core of the newly established 'legal science'³⁰.

²³ A. BRIGGS, *La historia y las ciencias sociales*, in W. RÜEGG, *Historia de la Universidad en Europa*, III, *Las Universidades en el siglo XIX y primera mitad del XX* (1800-1945), cit., pp. 499 ff.

²⁴ S. LARSEN, *Interdisciplinarity, History and Cultural Encounters*, in *European Review*, 12, 2018, p. 354.

²⁵ H. DEDEK, *Stating Boundaries: The Law, Disciplined*, in H. DEDEK, S. VAN PRAAGH (eds.), *Stateless Law. Evolving Boundaries of a Discipline*, London-New York, 2015, p. 9.

²⁶ W. RÜEGG, *Themes*, in ID., *A History of the University in Europe*, I, *Universities in the Middle Ages*, Cambridge, 2003, pp. 3 ff.

²⁷ H. DEDEK, *Stating Boundaries: The Law, Disciplined*, pp. 19 ss.; S. CASSESE, *Legal Education Under Fire*, p. 146; on the general role of modern universities for the task of elites formation, P. SCHIERA, *Modelli di università nell'Ottocento europeo: problemi di scienza e di potere*, cit., p. 25.

²⁸ H. DEDEK, *Recht an der Universität: 'Wissenschaftlichkeit' der Juristenausbildung in Nordamerika*, in *Juristenzeitung*, 2009, pp. 540-541.

²⁹ H. DEDEK, *Stating Boundaries: The Law, Disciplined*, cit., pp. 9-10, 18.

³⁰ D.W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, in *J. Law & Society*, 31, 2004, p. 180.

Today, both the state monopoly of higher education and the traditional structure of modern universities are facing the challenges of globalization and automatization³¹. On the one hand universities tend to be more and more embedded in supra-national networks, of a global or of a regional character (one might think at the ongoing experiment of the ‘European alliances’)³², and compete fiercely in the global market for education, constantly reinvigorated by the international rankings³³; on the other hand, Ed-Tech is on the rise, eroding the paradigm of university as a community of persons – in particular students and professors – who teach and learn in the same physical environment. Over the last decade, universities organized along the patterns of digital platforms started to challenge the traditional in-presence model of higher education, further weakening the link between a university and its surroundings³⁴.

All such phenomena had an impact on law’s disciplinary identity and its position within the university³⁵. Law schools are facing a context in which multinational law firms, corporations, NGO’s are competing to recruit the best graduates possessing a transnational education³⁶. They are also competing against each other to attract the most brilliant students, and one of the elements influencing the choice is the presence of a forward-looking curriculum and an innovative model of education.

³¹ C. STRASSEL, *The geopolitical challenges of university globalization*, in *Hérodote*, 168, 2018, p. 9.

³² P. MAASSEN, B. STENSAKER, A. ROSSO, *The European university alliances – an examination of organizational potentials and perils*, in *Higher Education*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s10734-022-00951-4>; I. STAVRE, M. ILIE-PRICA, *Higher Education and Globalization in the Context of the Covid-19 Crisis*, *Eur. J. Ed.*, 3, 2020, p. 34.

³³ C. STRASSEL, *The geopolitical challenges of university globalization*, p. 21.

³⁴ S. GRUMBACH, *L’empire des algorithmes*, pp. 138-139.

³⁵ See for a careful analysis C. JAMIN, W. VAN CAENEGEM, *The Internationalisation of Legal Education: General Report for the Vienna Congress of the International Academy of Comparative Law, 20-26 July 2014*, in C. JAMIN, W. VAN CAENEGEM (ed.), *The Internationalisation of Legal Education*, Cham, 2016, p. 3.

³⁶ R. VAN GESTEL, H.W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World*, EU Working Papers Law 2012/13, Florence, 2012, p. 15.

At the same time, the nation state has lost its importance “as the ultimate reference point for jurisdictional demarcation lines”³⁷.

As a result, the main pillars on which the modern paradigm of legal education was built have been eroded. As Harry Arthurs put it,

If states do not after all enjoy a monopoly over the making, promulgation, administration and enforcement of law, law teachers and law students will have to start using a new mental map to navigate ordinary courses in contracts, criminal law, labour law and family law. And to do so, they will need a new repertoire of intellectual skills. After all, by whatever means we have traditionally taught students to “think like lawyers”, we will have to do something different to teach them not to think like lawyers – or at least not like the lawyers we’ve been training up to this point. Instead of parsing judicial decisions, for example, they may have to peruse arbitration awards or observe mediators at work; instead of reading legislation, they may be asked to scrutinize corporate codes of conduct or consult ethnographic studies; and instead of being taught to fetishize fairness, rationality, predictability and clarity as law’s contribution to social ordering, they may find themselves learning to value pragmatism, imagination, flexibility and ambiguity³⁸.

In sum, due to the loosening of the age-old ties with the state and its institutions, the law’s epistemological foundations tend to be critically revisited. Inevitably, even the idea of law’s ‘scientificity’ started to be questioned.

3. *Law as a science?*

The question whether law can be considered a “true” science is an old one³⁹. It may be traced back at least to the 19th century, and in particular to the famous lecture given by von Kirchmann⁴⁰. Transposed

³⁷ H. DEDEK, *Stating Boundaries: The Law, Disciplined*, cit., p. 9.

³⁸ H.W. ARTHURS, *Law and Learning in an Era of Globalization*, in *German Law Journal*, 10, 2009, pp. 629-635.

³⁹ E.S. ROBINSON, *Law - An Unscientific Science*, in *Yale L.J.*, 44, 1934, p. 235.

⁴⁰ On Kirchmann’s discourse see R.M. KIESOW, *Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne*, cit.; see also G. RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, in *McGill L.J.*, 62, 2017, p. 1153, at pp. 1175-1177.

into the context so-far described, it has acquired a different meaning and a more practical significance. As is clearly illustrated by the experience of the European Research Area, one of the most important supranational spaces for research⁴¹, the traditional paradigm of “legal science” is put under strain. In particular, law’s disciplinary autonomy cannot any more be taken for granted. Also due to the disappearance (or better the transformations) of its usual object of study, the normative artifacts of the nation-state, now submerged by the flow of supranational rules, technical standards, non-state law of various origins and characters, law has lost its usual physiognomy⁴². The easiest strategy to cope with this situation has been to look outside of its traditional territories to gain new forms of legitimization. Law should be reconceived, in this perspective, as the nodal point of a complex web of disciplinary discourses, that is through an interdisciplinary approach⁴³. However, this idea has never been undisputed⁴⁴, and an opposite trend is gaining momentum, particularly in the US; it aims at turning back to the past and emphasizing the *proprium* of law as (a set of institutions and) a body of knowledge by focusing on its internal coherence and formal logic⁴⁵.

In order to better understand the possible trajectories of development, as well as the reasons behind each strategy, it is worth emphasizing that there is no single attitude towards the assumption of law as a ‘science’. It is not possible, in other words, to talk in general terms

⁴¹ B. HOENIG, *Structures, mechanisms and consequences of Europeanization in research: how European funding affects universities*, in *Eur. J. Social Sciences Research*, 31, 2018, p. 504.

⁴² See among others, G. TEUBNER, *Altera Pars Audiat: Law in the Collision of Discourses*, cit., p. 153.

⁴³ See lastly S. GRUNDMANN, H.W. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021; J.M. SMITS, *Law and Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies*, *Critical Analysis of Law*, 1, 2014, p. 75, at p. 79.

⁴⁴ On this debate D.W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, *J. Law & Society*, 31, 2004, p. 163.

⁴⁵ E.J. WEINRIB, *Back to the Future*, in H. DEDEK, S. VAN PRAAGH (eds.), *Stateless Law. Evolving Boundaries of a Discipline*, 33; ID., *Can Law Survive Legal Education?*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 60, 2007, p. 401.

about the “scientific character” of the law, as this is a discourse deeply embedded in the specific framework of each legal culture⁴⁶.

As clearly illustrated by Helge Dedek, the very idea of *Wissenschaftlichkeit* acquired different features on the two sides of the Ocean⁴⁷. In North America, and particularly in the US, the second half of the 20th century marked a turning point. Whereas for all the 19th century and the beginning of the 20th the classic formalist paradigms were still dominant, preserving the traditional assumption of law’s autonomy, after the New Deal the canon changed dramatically. The advent of a more ‘substantial’ legal thought went hand in hand with the rise of the interdisciplinary paradigm (which, it should not be overseen, was made possible by the elitist character of the American law schools and by the extraordinarily high level of salaries and funding awarded to law professors, generally regarded as the ‘fat cats’ of the academia, in top institutions)⁴⁸. To be scientific, for the law, essentially meant to establish a close relationship with other disciplinary compounds, such as economics, sociology, or even literature or gender studies, that could contribute to a better explanation of human behaviours and social phenomena. This influenced the curriculum, the pedagogy, the type of scholarship produced, and the recruitment processes as well⁴⁹. It has been observed that the hiring of new professors in top law schools reflects nowadays a preference for those candidates who have PhD’s in non-legal disciplines (and in particular those that could contribute to empirical research, such as economics and political science)⁵⁰. So widespread has

⁴⁶ H. DEDEK, *Recht an der Universität: ‘Wissenschaftlichkeit’ der Juristenausbildung in Nordamerika*, p. 542.

⁴⁷ *Ibid.*; see also G. SAMUEL, *Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?*, in *J. Law & Soc’y*, 36, 2009, p. 431.

⁴⁸ On this point see S.D. CARLE, *Rethinking Assumptions about the Global Influence of American Legal Education*, in S. BARTIE, D. SANDOMIERSKI (eds.), *American Legal Education Abroad. Critical Histories*, New York, 2021, p. 353, at p. 361.

⁴⁹ H. DEDEK, *Recht an der Universität: ‘Wissenschaftlichkeit’ der Juristenausbildung in Nordamerika*, pp. 546-548.

⁵⁰ L.M. LOPUCKI, *Dawn of the Discipline-Based Law Faculty*, in *J. Leg. Ed.*, 65, 2015, p. 506, at p. 538; see also R.W. GORDON, *The Harvard Models in their Native Habitat and Abroad. Reflections*, in S. BARTIE, D. SANDOMIERSKI (eds.), *American*

been this trend that it has come cyclically under fire⁵¹, in particular in the aftermath of the financial crisis that affected the career prospects for young graduates⁵². Criticism has been voiced against the excesses of a hyper theoretical approach to the law, which could have led law schools to lose grasp with the reality of the legal process and the real concerns of legal professions. Not surprisingly, an opposite movement started to gain prominence, one which is directed at rediscovering the virtues of formalism and the logic of legal doctrinalism⁵³.

In Europe (and particularly on the Continent), by contrast, the traditional assumption of law's autonomy has repeatedly been challenged, eroded and adapted, but it still represents the bulwark of the orthodox approach to law and legal scholarship⁵⁴. To be scientific, in the European tradition, means to correctly navigate the web of legal sources, employ the proper methods of interpretation in order to solve ambiguities and filling gaps, decide cases on the basis of purely legal arguments and not according to heteronomous evaluations⁵⁵. As it has been thoughtfully observed, the law in the Continental framework developed as (and to a large extent still is) a discipline "preoccupied with normative judgments and not with human interaction and behaviours as such. The object is a body of norms and not humans as an interacting social reality"⁵⁶.

In sum, internal vs. external is a dichotomy that faithfully depicts the different attitudes still prevailing on the two sides of the Ocean and

Legal Education Abroad. Critical Histories, p. 370, at p. 374; H. DEDEK, *Recht an der Universität: 'Wissenschaftlichkeit' der Juristenausbildung in Nordamerika*, p. 546.

⁵¹ H.T. EDWARDS, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, *Mich. L. Rev.*, 91, 1992, p. 34, at p. 41.

⁵² D. SEGAL, *What They Don't Teach Law Students: Lawyering*, in *New York Times*, Nov. 19, 2011, available at <https://www.nytimes.com/2011/11/20/business/after-law-school-associates-learn-to-be-lawyers.html>.

⁵³ See among others E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Oxford, 2012.

⁵⁴ For an analysis and critique, M. VOGLIOTTI, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in J.J. SUEUR, S. FARHI (eds.), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris, 2016, p. 277.

⁵⁵ See J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Cheltenham, 2022, p. 6.

⁵⁶ G. SAMUEL, *Is Law Really a Social Science? A View from Comparative Law*, in *Cambridge L. Journal*, 67, 2008, p. 288, at p. 292.

which led to divergent results in terms of the type of scholarship produced, the style of the legal artifacts, the pedagogy shaping legal education, and indirectly the relative “advantage in global lawyering”⁵⁷.

This helps understanding why the ‘transnational turn’, together with the other factors of crisis, is putting under strain especially the European legal scholarship, as the one relatively less theoretical and more closely tied to positive law. As clearly highlighted by the experience within the European Research Council, a typical transnational context, not only its traditional orientation towards the legal artifacts produced by the nation state, but also its methodological attitudes – or the lack thereof – are nowadays seriously challenged⁵⁸.

The consolidated architecture of the ERC panels subtly implies a positioning of the law within the social sciences⁵⁹. When the law is directly confronted with fields of research that systematically employ quantitative methods and tend to assume a nomothetic posture, issues like “is this frontier research?” and “what is the proper methodology of the project?” inevitably arise and assume bigger importance than in the past⁶⁰. Issues that the law, historically one of the most conservative university disciplines, having a rather homogeneous set of methodolo-

⁵⁷ M. REIMANN, *The American Advantage in Global Lawyering*, in *RabelsZ*, 78, 2014, p. 1.

⁵⁸ R. VAN GESTEL, H.W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World*, pp. 12 et seq.

⁵⁹ The only sub-panel specifically dealing with legal issues – at least until 2021/2022 (now SH2 is entitled, *Institutions, Governance, and Legal Systems*; Eur. Res. Council, Revision of ERC Panel Structure for the 2021/2022 Calls (May 2020), https://erc.europa.eu/sites/default/files/document/file/Revision_ERC_panel_structure.pdf) – was “legal studies, constitutions, comparative law, human rights” (formerly SH2_8, now SH2_4). It is located within panel SH2, which refers to “institutions, values, beliefs, and behavior”. The fields covered are related not only to law, but also – and to the largest extent – to disciplines such as sociology, social anthropology, political science, social studies of science, and technology. One may assume, therefore, that the panel set is primarily with social sciences. See T. KÖNIG, *Political Science and the European Research Council*, in *Eur. Pol. Sci.*, 18, 2019, p. 248, at p. 250.

⁶⁰ B. HOENIG, *Europe’s New Scientific Elite: Social Mechanisms of Science in the European Research Area*, 2018, p. 90; C. BAIER, V. GENGNAGEL, *Academic Autonomy Beyond the Nation-State: The Social Sciences and Humanities in the European Research Council*, in *Österr. Zeitschrift für Soziologie*, 43, 2018, p. 65, at p. 74.

gies or disciplinary canons, is rather unfit (or simply unaccustomed) to answer.

Not surprisingly, the question of methodology “in the new legal world” suddenly emerged as one of the most urgent, given the widely noted lack of theoretical self-consciousness and the overall not brilliant quality of average legal scholarship⁶¹. Lawyers are being driven out of their comfort zone, as the traditional emphasis on authoritative sources and systematic analysis of black letter rules does not suffice to raise the law – conceived as a system of thought – at the same level of other social sciences⁶². To be successful before funding bodies, in other words, one should be advised to be more open towards interdisciplinarity⁶³. A growing tension is therefore produced between the old orthodoxy and the new legal reality.

Openly recognizing the existing tensions is important, but the resilience of the traditional approach to legal scholarship should not be underestimated. There are some institutional factors that, together with the stratification of cultural patterns, create an invisible barrier against the spread of what we might call the ‘American model of legal education’⁶⁴. Among them are the undergraduate v. graduate character of the law schools (law students in Europe, unlike in the US, have not taken other university courses before starting the law curriculum); the non-elitist character of the European law schools; type and content of the curriculum; the closer nexus between the university and the legal practice, ensured by the peculiar system of appointment – based on highly technical exams – of judges and other legal professionals. All such factors set a limit beyond which the quest for interdisciplinarity will succeed.

⁶¹ See generally D.L. RHODE, *Legal Scholarship*, *Harvard L. Rev.*, 115, 2002, p. 1327, at pp. 1328, 1343, 1353.

⁶² D.L. RHODE, *Legal Scholarship*, *op. cit.*, at p. 1328, 1343, 1353; G. SAMUEL, *Is Law Really a Social Science?*, *cit.*, at pp. 309 ff.

⁶³ In general, D.W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, *cit.*, at p. 171.

⁶⁴ See generally S.D. CARLE, *Rethinking Assumptions about the Global Influence of American Legal Education*, *cit.*, pp. 353 ff.

4. *Comparative law and the quest for interdisciplinarity*

The rigidity of the traditional framework prevailing in the European legal culture may be seen as a constraint. However, it is also an extraordinary opportunity for comparative law. If the above-mentioned factors push towards a critical revisiting of the usual patterns of legal scholarship, the typical flaws of comparative law as a university discipline – the absence of an immediate normative dimension and the lack of an undisputed disciplinary canon – may turn in the new scenario into specific advantages.

On the one hand, comparative law has always been at pain of getting a stronger foothold in the academia, due to the absence of an immediate normative dimension of the outcomes of its research. Indeed, many authors, at different times, noted a sort of “Cinderella complex”⁶⁵. Since the beginnings, one of the most pressing concerns of comparativists has been to highlight the existence of a rigorous set of assumptions and methodologies that could justify the recognition of comparative law as a field of knowledge worthy of integration in the curriculum and in the institutional framework of legal studies. Comparative law, as a discipline born in the 19th Century, was a late comer that could not invoke noble births and ancient roots in Roman legal culture⁶⁶. Moreover, it lacked the basic element that distinguished law from most other university disciplines, and namely the immediate connection with legal practice⁶⁷. As a result, the earlier scholarship of comparative law displayed a marked attitude to look at other disciplines in order to reproduce their patterns of ‘scientificity’⁶⁸. As I tried to show elsewhere, the insistence

⁶⁵ G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, *Harvard Int'l L. J.*, 26, 1985, p. 411, at p. 419.

⁶⁶ On the formative era of comparative law see lastly B. FEKETE, *Paradigms in Modern European Comparative Law. A History*, Oxford-London-New York, 2021, pp. 31 ss.; T. AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022, pp. 73 ff.

⁶⁷ On the strong nexus between law as academic discipline and legal practice, E.J. WEINRIB, *Can Law Survive Legal Education?*, *Vanderbilt L. Rev.*, 60, 2007, p. 401.

⁶⁸ On comparative law and the paradigms of science, see H. PATRICK GLENN, *The Aims of Comparative Law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed., Chel-

on the Comparative Method (written with capital letters by the proto-comparativists) was part of this strategy⁶⁹. Not only a method was sought for. It was a seal of quality, usefulness and accountability as a science. In the mindset of the 19th century, the discipline that truly disrupted the whole field of humanities was linguistics⁷⁰. By resorting to the Comparative Method, such discipline shed new light on questions – such as the origin of man and the development of human cultures – that were previously left to religion or literature. With this tool, humanities got closer to the hard sciences⁷¹. Therefore, new disciplines tried to emulate the success of linguistics, and among them were comparative politics and comparative legal history, later comparative law⁷². In this way, comparative law started to develop a distinctive concern for a ‘scientific’ knowledge of legal phenomena that was alien to most traditional legal studies. Such theoretical attitude was never lost, up to the point that some of the most brilliant achievements of comparative legal theory, such as Rodolfo Sacco’s model of legal formants and the famous Trento theses⁷³, by him inspired, have been at times criticized for being too deeply embedded in a positivist mindset and therefore reflecting a “scientist” attitude⁷⁴. The same debate on comparative law as a

tenham, 2012, pp. 67-68, 70-71; T. AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, cit., p. 85.

⁶⁹ G. RESTA, *The ‘Comparative Method’ at the Roots of Comparative Law*, in H. DEDEK (ed.), *A Cosmopolitan Jurisprudence. Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, Cambridge, 2022, p. 44; ID., *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (eds.), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano, 2020, pp. 9 ff.

⁷⁰ On this P.G. MONATERI, *Éléments de comparaison des études comparatives*, in P. LEGRAND (ed.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 69-76.

⁷¹ D. GRIFFITHS, *The Comparative Method and the History of Modern Humanities, History of Humanities*, 2, 2017, p. 473.

⁷² G. RESTA, *L’albero e l’onda*, cit., p. 22.

⁷³ A. GAMBARO, *The Trento Theses*, in *Global Jurist Frontiers*, 2004, 1; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, entry *Comparazione giuridica*, in *Digesto disc. priv. – sez. civ.*, Vol. 3, Torino, 1988, p. 52.

⁷⁴ Among the most recent examples of such critiques, A. SOMMA, *Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, pp. 129. For a balanced assessment of this debate, U. MATTEI, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*,

science or a method⁷⁵, which would appear meaningless if transposed to private law or criminal law, reproduces the same concern with the epistemological status of the discipline that may be explained only on the basis of the particular history of comparative law and its loose ties with legal practice.

On the other hand, comparative law never followed one disciplinary canon, which was accepted as the ‘orthodox’ form of scholarship, like legal doctrinalism may be considered – particularly so in Europe – the orthodox form of municipal legal thought. Already at the Paris Congress, two completely different attitudes shaped the contributions presented to the conference: one oriented towards the *Urrecht*, based on the encounter among legal history, comparative law and cultural anthropology; the other oriented towards the *Weltrecht*, less speculative, more practical and focused on supranational harmonization and legal reforms⁷⁶. Comparative law of the maturity displays a wide gamut of theoretical attitudes, which span from functionalism, structuralism, culturalism, etc.⁷⁷. In this search for its ‘scientific character’, comparative law has always been working hand in hand with neighbouring disciplines, such as sociology, linguistics, anthropology, most frequently borrowing, but also exporting results and modes of thought⁷⁸.

If we look at the most recent trends, we may observe an even more decided interaction between comparative law and other fields of knowledge. Mathias Siems provided in his handbook a comprehensive repertory of innovative methodologies and ways of doing comparative

in A. RILES, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Portland, 2001, pp. 238, 253.

⁷⁵ See lastly U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford, 2019, p. 28; T. AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, cit., pp. 15, 27 ff.

⁷⁶ G. RESTA, *Les luttes de clocher en droit comparé*, at p. 1182.

⁷⁷ T. AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, cit.

⁷⁸ On comparative law’s natural attitude towards interdisciplinarity see U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford, 2019, pp. 15 ss.; G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, 2016, p. 13; A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *Dir. pubb. Comp. Eur.*, 2021, p. 301.

legal studies⁷⁹. Following his suggestion, three major approaches, implying a strong interdisciplinary attitude, may be distinguished: socio-legal perspectives, numerical comparative law, post-modern comparative approaches⁸⁰. Sociology, statistics and demography, economics, cultural anthropology, history, philosophy, and literary studies are some of the disciplines that contemporary scholars systematically resort to in order to deepen their understanding of legal phenomena and raise the explanatory value of the comparisons. Further examples are offered by the recent book by Jaakko Husa⁸¹. The absence of one single disciplinary canon is a significant advantage from this point of view, as it makes concurrence and competition among different approaches possible and leads to a more articulated view of social reality.

Such a methodological pluralism is not a sign of theoretical underdevelopment of comparative legal studies⁸². Rather, it is the distinctive trait of a discipline that because of its aims and its object of inquiry is naturally oriented towards the contexts, rather than the texts of the law. Whereas the point of view of most legal disciplines is epistemologically internal, in comparative law it is by necessity epistemologically external⁸³. Due to the absence of a shared definition of what is “the law” in the various legal traditions of the world, the very basic question that is taken for granted as a methodological *a priori* by municipal lawyers, needs to be problematized and answered by looking at the whole social and cultural compact by comparative law scholars⁸⁴. Furthermore, is-

⁷⁹ M. SIEMS, *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge, 2018, pp. 113 ss.

⁸⁰ For a more detailed discussion see P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, 2021.

⁸¹ J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law*, cit., pp. 13 ss.; see also the comprehensive analysis provided by A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, cit., pp. 305-313.

⁸² H.P. GLENN, *Against Method?*, in M. ADAMS, D. HEIRBAUT (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford, 2014, p. 17.

⁸³ J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law*, cit., p. 6.

⁸⁴ M. BUSSANI, *How to do comparative law. Some lessons to be learned*, in H. DEDEK, *A Cosmopolitan Jurisprudence. Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, Cambridge, 2022, p. 29; ID., *Introduzione al diritto comparato. Un breviario della globalità*, Milan, 2022, pp. 10 ff.

sues that are perceived as laying beyond the domain of legal doctrinalism, such as “why the law developed in a particular way”, “what are the social or the cognitive factors behind certain rules”, or “how is the law impacting upon society or specific parts of it”, belong to the core of any comparative study. To answer any of such questions, comparative law is naturally led to look beyond the formal surface of legal phenomena and grasp all the threads connecting the law with its surroundings. Comparative law is in the position to do this because it is, or at least should be, structurally free from the ‘authority trap’ that binds municipal lawyers⁸⁵. This is a very important point that has been aptly underlined by Geoffrey Samuel, who noted that the law has become a “narcissistic science”⁸⁶. It does not take as its object the social reality, or at least that part of the social reality that goes beyond the existence and the implementation of a certain gamut of rules. According to most academics (and we may add by state-imposed curricula) it should limit itself to the mere activity of learning and applying the rules, considered as a datum. As such, “the law has as its object only itself”⁸⁷, and therefore it is a discipline considered of limited value and interest to social scientists, because it contributes only marginally to the knowledge of social facts.

5. Which method, for which dialogue?

For the reasons mentioned above, comparative law cannot share the same attitude. It cannot be conceived as a sort of municipal law ‘on steroids.’ Its aim is not simply to provide an analysis of ‘rules plus’ (of legal systems $a + b + n \dots$)⁸⁸. Rules are embedded in a social and cultural reality, and to understand their meaning and significance for people who ‘live’ such rules, comparative legal scholars have to delve deep

⁸⁵ G. SAMUEL, *Is Law Really a Social Science? A View from Comparative Law*, in *Cambridge L. Journal*, 67, 2008, p. 288, at p. 314.

⁸⁶ G. SAMUEL, *Is Law Really a Social Science?*, p. 295.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ See for a similar approach, related to the debate on transsystemism, N. KASIRER, *Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos*, *Journ. Leg. Ed.*, 52, 2002, p. 29.

into the context. Rules by themselves cannot be the focal point of their analyses, for the simple reason that looked at from “the epistemological point of view of an outsider”⁸⁹, rules are simply one node of an invisible web that has to be unveiled and deciphered from the external observer⁹⁰. This means that the social and cultural reality is back on the scene, and meaningful comparisons may contribute to a better knowledge of such reality. Freed from the ‘authority trap’ and the ‘narcissistic prejudice’, comparative law may sit at the same table with non-legal disciplines and provide analyses of undisputable interest to most social scientists⁹¹.

This is the source of opportunities, in particular on a trans-national setting, but also of additional burdens.

One of such burdens is the necessary concern with methodology, that is the process to be followed to achieve the expected aims. The more comparative law becomes interdisciplinary, the wider the scope of its empirical content, then the stronger is the need of providing transparent explanations about the research design⁹². Among these are the nature of the research question, the data that will be used for the comparison, how they are collected, the criteria according to which they will be processed, how shall language barriers be managed, how knowledge deriving from other disciplines shall be filtered, what kind of preconceptions may influence the research results.

Secondly, comparative law should reflect the widest cognitive openness in terms of its disciplinary pluralism. Comparative law should ideally be located at the crossroads of social sciences and humanities.

⁸⁹ J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law*, cit., p. 6.

⁹⁰ On the internal/external dichotomy in social sciences and especially in comparative law, C. WALCKE, *Comparing Law. Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitment*, Cambridge, 2018, pp. 90 ff.

⁹¹ For a couple of practical examples, see J.Q. WHITMAN, *Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law*, in *The Yale Law Journal*, 117, 2007, p. 340; M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, 1991.

⁹² See L.A. NKANSAH, V. CHIMBWANDA, *Interdisciplinary Approach to Legal Scholarship: A Blend from the Qualitative Paradigm*, *Asian J. Legal Ed.*, 3, 2016, p. 55; A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, cit., pp. 314-315.

The prevailing trend in the last decades has been to foster the collaboration between comparative law and the disciplines conventionally listed under the ‘social sciences’, and in particular economics, sociology and political science. However, there is no need to narrow the potential scope of the interaction. Social sciences tend to generalize, by focusing on recurring trends and general laws. They assume, as it is often noted, a nomothetic posture. Accordingly, quantitative methods are frequently resorted to in order to answer research questions. This, however, risks leaving aside the idiosyncratic, the singular case, what cannot be quantified but nonetheless is of relevant value to understand cognitive structures and human behaviours⁹³. Literature, pop studies, performing arts, may be the source of non-negligible knowledge to scrutinize the law’s environment and the communication flow between legal institutions and human communities. It is sufficient to think at one of the most critical issues for any research design, and namely at the selection of data to be processed. How could we get information about “the law” in oral traditions or contexts in which there is no rigid or formalized notion of legal sources? What are people’s attitudes towards the legal process and how do they adjust their behaviors vis-à-vis formal rules? A cultural approach to the law may bring a surplus of analytical instruments capable of enriching the toolkit of comparativists. As clearly illustrated by the 6 volumes of the recent collection “A cultural history of law”, it may lead to a significant expansion of the relevant sources from which knowledge about a foreign (or ancient) law may be derived, by focusing, for example,

upon the engravings on the stelae of Hammurabi; on the shield of Achilles in Homer’s *Iliad* as an everyday scene of legal dispute; on sculpture and pictorial representations; on architecture and monuments (e.g., the Jewish Temple, the Ishtar Gate, the Greek Parthenon as embodiment of Athenian hegemony, or the *Ara Pacis* of Roman peace); on literature and drama (e.g., the Greek theater as a legal-political institution); on objects

⁹³ D. HOWARTH, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, in *Arts & Humanities in Higher Education*, 3, 2004, p. 9.

of clothing and certain garments denoting status (e.g., the Roman toga); on fine pieces of jewelry, coinage, effigies, and emblems⁹⁴.

Besides providing new sources, it allows external observers to read them differently, by deepening their significance and actual impact on relevant communities. For instance, whereas a comparative law and economics perspective might favour an explanation of the *kula* exchange on the basis of the transaction costs theory, arguing that markets were too costly to develop, a cultural and/or critical economic history approach might provide different insights based on the importance of the gift economy for the strengthening of community bonds⁹⁵.

6. Comparative law and the case for legal education reform

In conclusion, comparative law is in the position to provide a different role model for a legal scholar up to the challenges of complex societies⁹⁶. Keeping at a reasonable distance the authority paradigm, embodying the spirit of enquiry and cherishing the values of pluralism (both in terms of legal pluralism and cognitive openness), comparativists may give specific content to the paradigm of the jurist as a social engineer⁹⁷.

As a long list of authors have noted, especially in the Anglo-American world, legal professionals have a particular responsibility, inasmuch they do not simply explain, interpret, and apply acts of the authority (the 'legal provisions'). Rather, they are called upon to build

⁹⁴ J. EXTABE, *Writing a Cultural History of Law in Antiquity*, in EAD., *A cultural history of law in antiquity*, London-New York, 2019, p. 6.

⁹⁵ For a more detailed discussion of this example, see G. RESTA, *L'istituzionalismo di Karl Polanyi e il suo valore attuale*, in *Politica e società*, 2020, pp. 279, 286.

⁹⁶ On complexity theory and comparative law, see H. PATRICK GLENN, *Quel droit comparé?*, in *Rev. Dr. Un. Sherbrooke*, 43, 2013, p. 23, p. 34 ss.; R. SCARCIGLIA, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell'età dell'asimmetria*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2019, p. 701.

⁹⁷ On these points G. SAMUEL, *Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?*, in *J. Law & Soc'y*, 36, 2009, p. 431, pp. 438 ss.

stable and flexible infrastructures for human interaction⁹⁸. Not differently from the engineer, whose task is to design material tools and techniques to satisfy human needs, the lawyer is called upon to build immaterial devices aimed at letting people establish trustful relationships among themselves⁹⁹. Engineering is undoubtedly a science on its own, with its peculiar terminology, categories and canons. However, to acquire the skills required for this professional function, the engineer has necessarily to build on other disciplines, from mathematics, to physics, from chemistry to materials science. As everyone knows, any material infrastructure built with unsuitable materials or against the laws of physics is at serious risk of collapsing.

Law is a self-standing discipline as well, with its own toolkit, language, and logic. It involves the acquisition of technical skills, which, as most famously argued by Lord Coke, embody a peculiar form of artificial reason and can be possessed only after long study and years of experience. Its technical element should be praised and defended as a precious value¹⁰⁰, also to prevent jurists coming back home after the “interdisciplinary party” completely drunk¹⁰¹. This means that legal reasoning should not simulate the practices and rationalities of other social subsystems in order to produce certain outcomes (as at a certain point the law & economics theology tried to argue)¹⁰². Nonetheless, we should be conscious that any effective regulation of human behaviours

⁹⁸ R. POUND, *The Lawyer as a Social Engineer*, *J. Pub. L.*, 3, 1954, p. 292; E.S. ROBINSON, *Law – An Unscientific Science*, cit., p. 236; D. HOWARTH, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, cit., pp. 12 ss.

⁹⁹ D. HOWARTH, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, cit., pp. 11-12.

¹⁰⁰ The same point is made by A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, cit., pp. 324-325.

¹⁰¹ See L.A. NKANSAH, V. CHIMBWANDA, *Interdisciplinary Approach to Legal Scholarship: A Blend from the Qualitative Paradigm*, *Asian J. Legal Ed.*, 3, 2016, p. 55; A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, cit., pp. 314-315; on the challenges raised by interdisciplinarity in law see generally H. DAGAN, R. KREITNER, *The Interdisciplinary Party*, in *Critical Analysis of Law*, 1, 2014, p. 23.

¹⁰² G. TEUBNER, *Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme*, in *Ancilla Iuris*, 2014, p. 183, pp. 195-196.

can hardly be attained without considering the significant amount of knowledge provided by the non-legal disciplines that study human conduct, both social sciences and humanities. Immaterial infrastructures aimed at easing social interactions may be flawed not only because of intrinsic defects, but also due to an insufficient understanding of the way in which people behave and react to both formal and informal rules¹⁰³.

This means that if the law wants to effectively achieve the delicate tasks increasingly entrusted upon it by modern societies¹⁰⁴, it should accept cognitive openness, while keeping a certain amount of normative closure. The paradigm of transversality – to recall Teubner’s terminology – reflects this idea: the law should

defend itself against any claim to totality of any theory; however, it would accept the intrinsic right of social theories that exist side by side. It would transform the new plurality of language-games into the formation of legal concepts and the formulation of legal norms. This is possible if the law insists on the partiality of the various social theories and only open itself up to their influence to the extent that they make statements, which are valid for their social sphere¹⁰⁵.

Accordingly, the model of legal education should be aimed at connecting in a closer relationship law with underlying disciplines that study human conduct. Law, as a university discipline, should overcome the narcissistic disorder developed in the last two centuries. It should stop looking only at itself, at its internal organization, made up of a complex web of rules, principles and procedures. Rather, it should turn its eyes more decidedly to the social reality, or, as it has been put, the “vital forces”¹⁰⁶, behind it. This implies, especially for its European continental version, a critical revision of the traditional model of legal education and the axioms around which it has been built, such as the

¹⁰³ D. HOWARTH, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, cit., p. 16.

¹⁰⁴ *Supra*, par. 2.

¹⁰⁵ G. TEUBNER, *Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme*, cit., p.197.

¹⁰⁶ J. EXTABE, *Writing a Cultural History of Law in Antiquity*, cit., pp. 6-7.

statist and nationalist attitude, the extreme compartmentalization among the various branches of law, the blindness to its surroundings¹⁰⁷.

Comparative law is probably the only discipline that managed to free itself from each of these preconceptions, embracing a pluralist approach – in the widest sense of this notion – to legal phenomena. By looking at the legal traditions of the world it has learnt that the law is not only composed of the artifacts of the nation state, but it is the result of a number of social factors which vary significantly on the basis of time and space; it has overcome the compartmentalization, by forcefully deconstructing the artificial distinctions between public and private, procedure and substance; lastly, it has decidedly opted for an interdisciplinary approach to legal research.

To go further along this path is the task of comparativists. To look closer at comparative law as a source of inspiration is an opportunity for all decision-makers engaged in the reform of legal education.

¹⁰⁷ S. CASSESE, *Legal Education Under Fire*, cit., pp. 147-148; A. DYEYRE, *Fixing European Law Schools*, cit., pp. 161-168.

PARTE TERZA

COMPARATIVE LAW AND LEGAL TAXONOMIES:

IS THERE STILL A PUBLIC/PRIVATE DIVIDE?

MUSINGS ON PRIVATE LAW / PUBLIC LAW TAXONOMIES IN COMPARATIVE LAW

Vivian Curran

1. Introduction

Comparative law teaches that legal categories which seem inherent in law often prove not to be so. Public and private law distinctions may be one such examples, as well as an example of poles which are collapsing in significance for comparative law as it fragments in keeping with the fields to which it attaches, such as international law. We know that those distinctions have played a much bigger role in civil-law legal orders than in their common-law counterparts. I usually have taught simultaneously in private and public law areas of law during my professional life in the United States, although my European colleagues' first question tends to be in which of the two I teach. And then there is the perennial issue of categorizing comparative law itself: is *it* public? Is it private? Is it law at all? Is it method? Maybe it is one thing one day, or one thing for one person, and another for another. Or, more likely, one in the hands of one comparatist, another in the hands of another, as a perusal of this volume suggests.

To consider the taxonomy issue for the present time, as we have been asked to do, involves assessing the present, which introduces the particular challenge of lack of hindsight into it, and the fact that one can at best speculate about the future. What only a moment ago, it seems, were possibilities of international legal harmonization, if not cooperation – one thinks, for instance, of the amazing evolutions in countries like France in according civil jurisdiction over multinational parent companies for grave human rights violations committed by their subsidiaries anywhere in the world – in itself an intertwining of public and private law, and that gave rise to hopes of international harmonization

on such novel jurisdictional fronts¹ – such developments in the blink of an eye seem to have paled before the spectre of ferocious re-nationalizations sweeping parts of the world that we had thought to be historically beyond the appeal of aggressive and divisive solutions to complex problems that now are capturing the attention of greater numbers. How will we in the future look back on the present? The war in Ukraine may well be seen as a watershed moment for all of us in the west: it may reorient law and an international legal order we had come to think of as durable, but it is not clear how, or what, reconfigurations our world will face when it ends.

History teaches that change can occur with lightning speed. This was the case for France in 1940. In July of that year, the Third Republic's Parliament voted to end the Third Republic. Catastrophe followed. When governments are toppled, or when they change in nature from within, without admitting to the depth of their substantive changes by keeping the shell of their former selves, comparative law is tasked with understanding the nature of the altered signified under the guise of an unaltered signifier. Some of this is what we have been seeing for years in states such as Hungary and Poland where autocratic leaders have transformed their societies and legal systems while maintaining the vocabulary of their fading, weakening, if not moribund, democracies, allowing themselves to be led into what a former member of Britain's Parliament has called "totalitarianism by popular consent"².

Other kinds of changes also challenge comparative law, such as the subtle, or not so subtle, rearrangement of legal phenomena that call into question old categories and old nomenclature. When we speak of law's transnationalization and law's de-territorialization, we evoke the sort of change that goes to the heart of what used to define law. How much will that be affected by the re-nationalizations which for the moment seem to be on the increase? The internet and other technology may be relentless and unstoppable, and is considered primordial to comparatists and internationalists. For so long technology has seemed to usher in an inevitable globalization. As an example, in the last years up to her re-

¹ *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF no 0074 du 28 mars 2017.*

² P. BRADLEY, *The Last Train*, Manchester, 2022, p. 301.

cent death, Mireille Delmas-Marty, one of the great comparatists and internationalists, led a project to seek possibilities of an international *jus commune* based on ideas she had developed over a lifetime. Today, we see the reemergence of tariffs to prevent one country from accessing another's industries, or from impinging on a state's self-sufficiency in areas it considers vital to its self-sufficiency, such as the production of medicine, and others may yet come into play as a countereffect to transnationalization, no matter that today capital can be moved from one location in the world to another with the tap of a key on a computer, that hallmark of globalization. Much has been written about the enormous capacity for transnationalization of the corporate world, its uncanny ability to operate beyond and across borders, in contrast to fields that lay a patent, but unrealized, claim to internationalization, such as human rights. But national regulations also can be effective in restraining corporate globalization in times of nationalization. How will this affect "our [...] capacity for common cause"?³

For the moment, we still observe the profound transformations in domestic courts due to their forced encounter with foreign parties, all of which has created new roles for comparative law, as well as increasing porosity between private and public law. This can be seen in the United States where the field of comparative law is one with which most judges have little to no familiarity, and where foreign law has become an inevitable thorn in the side of a judiciary which would like nothing better than to ignore it if only it could⁴. Some areas where domestic courts in the United States must deal with foreign law juxtapose public and private law concepts, and a few examples follow.

2. *Two meetings of public to private Law, and one shift*

The first example is U.S. discovery, the pretrial process of evidence gathering which is quite simply described as a fishing expedition by European jurists, but which, in fact, the Rules of Civil Procedure aimed

³ P. BRADLEY, *op. cit.*, p. 317.

⁴ See, e.g., V.G. CURRAN, *Federal Rule 44.1: Foreign Law in U.S. Courts Today*, in *Minnesota Journal International Law*, 30, 2023, p. 231.

to prohibit from being a fishing expedition through an amendment⁵. One sees from this either the relativity of truth, or maybe the relativity of the definition of fishing expeditions! The effort to limit the extent of discovery a few years ago was spawned in part because the use of emails and “e-discovery” caused hundreds of thousands and even millions of documents to be demanded and produced in large cases, but it seems that even the modified Rules of Civil Procedure have not altered the reality on the ground, and so the practices developed over time continue.

Discovery involves the right of both parties to learn what the other knows. It goes to the heart of public law inasmuch as it is considered so fundamental a right that some U.S. courts believe it is a constitutional right inherent in the United States trial, and the others deem it at least a quasi-constitutional right. This means that United States judges feels a deep responsibility to the parties, particularly the plaintiff, to grant full discovery rights even where the other party is from a civil-law country, such as a corporation in a transnational case which argues that to comply with the discovery requests of the U.S. party would be to violate its own national law – for instance, its country’s blocking statute. The judge’s sense of duty to accord the traditional expansive discovery to the U.S. plaintiff weighs heavily despite the principle of U.S. law that a court should not ask foreign parties to violate the law of their own nation⁶.

Discovery brings private law civil disputes into confrontation with fundamental, constitutional issues, not just the one I have mentioned, but also the deeply-held European privacy rights that U.S. discovery unknowingly thwarts. At least one U.S. judge’s response to the French blocking statute was that the French should not have passed it – that it was their fault that it existed and therefore not his problem to take it into account⁷. Attempts to take United States discovery into foreign

⁵ This was language in Federal Rule 26(b) limiting the scope of discovery to “nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and proportional to the needs of the case [...]”.

⁶ For more on these matters, see V.G. CURRAN, *Federal Rule 44.1: Foreign Law in U.S. Courts Today*, cit.

⁷ See B.A. RISTAU, *Overview of International Judicial Assistance*, 18 *Int’l Law*, 1984, pp. 521, 531.

countries through oral depositions generally also violate systemic, public law concepts of national sovereignty. In France and Germany, only the judge may question witnesses. It is an ethical violation for a lawyer to do so. I recently was told by an American lawyer who specializes in transnational cases that he deposed witnesses in Italy legally after the case went through the Hague Evidence Convention⁸, generally shunned by U.S. courts in favor of U.S. rules of civil procedure. In this case, the Italian judge approved the oral deposition taken in Italy through Chapter 2 of the Hague Evidence Convention, but taken according to Rule 30 (b) (6) of the U.S. Rules of Civil Procedure. Although my evidence is anecdotal, it seems that American lawyers routinely depose abroad without asking for permission to do so.

In many civil law countries, there is no obligation for either party to assist its opponent in waging its lawsuit, which is seen as what U.S. discovery forces both parties to do by allowing broad and vague requests for information and documents to become mandatory. The deeper the systemic intrusions from one legal order into another, the less visible they are likely to be, and therefore the less amenable to being grasped by judges and lawyers from another legal order. In the United States, judges look to party experts for explanations of the foreign system, but often such experts are jurists from within the foreign system who do not write or testify in a way that can adequately transmit their message to the common-law judge⁹. U.S. judges have frequently discounted foreign expert reports for failure to base their conclusions on case law, despite the experts' basing their findings on the primary sources of law in their own legal systems. Sometimes experts from civil-law legal systems reach conclusions with little explanation, trusting to their status as an expert as sufficient justification, an approach normal in their legal system, but completely inadequate to the U.S. common-law judge, expecting the conclusion to be buttressed by painstaking common-law reasoning¹⁰. This gaping need for comparatists is unfilled unless the experts themselves are comparatists able to be suffi-

⁸ *Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*, 1970, available at <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>.

⁹ See V.G. CURRAN, *Federal Rule 44.1: Foreign Law in U.S. Courts Today*, cit.

¹⁰ *Idem*.

ciently well-versed in the foreign legal system to understand what is necessary as well as in the U.S. system to be able to express it comprehensibly to a U.S. judge whose semiotic system diverges substantially from the system of origin.

An interesting example of a shift from public to private law occurred without acknowledgment in a Supreme Court case dealing with a statute that for thirty years had dealt with violations of the most fundamental human rights, or *jus cogens*, a statute known as the Alien Tort Statute¹¹. This law had dealt with liability in civil (in the sense of non-criminal) law for perpetrators anywhere of torture, murder and slavery against foreign victims. In these cases, denominated as torts, where the only result could be civil damages, there had been no previous criminal trial.

Then, in 2013, in the *Kiobel* case¹², the Supreme Court signalled the end to the use of the law for those purposes by inserting it into a long line of cases that had been developing in commercial law, analogizing to the Court's own reasoning on extraterritoriality in that area of private law and ignoring that the Alien Tort Statute had gained acceptance for three decades as an international human rights statute. By doing this, the Court shifted the statute from the terrain of public law to private law. As it analogized to cases arising in an utterly different, commercial, private-law context, the Supreme Court also claimed that it was rejecting U.S. hegemony over the rest of the world in its reasoning against accepting jurisdiction for matters which occurred outside of its national borders¹³.

Part of the Court's rejection of the plaintiffs' case was its declaration that no other country in the world allowed universal jurisdiction in *civil* (namely, non-criminal) cases. In this, it lacked the comparative law insight to understand how the U.S. tort action, categorized under the civil-law rubric of tort law, in fact resembles in many ways the functions which in civilian states are performed by criminal law. The U.S. civil action in tort law is performed in front of a jury, in a discrete event, like the civilian criminal trial, unlike the civilian civil trial. The United States tort action is a public, oral event that permits the plaintiff

¹¹ 28 U.S.C. § 1350 (1789).

¹² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013).

¹³ See *idem*.

to have a voice which the press may write about, especially where the allegations involve grave human rights violations, generating public response, also more similar to the European criminal trial which can take on an educational role, and where in some countries the judge is the voice of the State, both for purposes of the immediate outcome of the case and for the larger lessons to be drawn.

The last U.S. legal area with multiple admixtures that I will mention has both public and private law aspects, and has seen comparative law applied to foreign law. It is foreign sovereign immunity. In the United States, this is governed by a statute that has been the subject of a great deal of litigation, including a number of recent U.S. Supreme Court cases in the last few years. It is governed by one statute, the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)¹⁴, which was enacted in 1976 to put order into what had become an area of law determined by the Executive branch's wishes in each case, and had become inconsistent legally. The law set as a stated goal to remove foreign sovereign immunity decisions from the Executive branch of government and to transfer it into the hands of the courts, to be decided under this comprehensive statute. In recent years, many cases have arisen under this law concerning events that took place during the Second World War relating to the recovery of stolen property during that time by Nazi Germany or its occupation forces in other European countries. The plaintiffs in these cases are U.S. citizens who came as refugees, or whose ancestors did. Such cases were able to proceed after 2004 when the Supreme Court decided that the FSIA did not bar jurisdiction (competence) over events that took place before the law's enactment because the statute is a statute of jurisdiction (competence), not a substantive statute, such that the principle of non-retroactivity is inapplicable. This was decided in the *Altmann* case¹⁵, brought by the heir to Klimt paintings against the Republic of Austria. Since then, and for a number of other reasons also, including the internet's creation of accessible provenance databases, and Russia's opening of USSR archives, many more such suits have been

¹⁴ 28 U.S.C. §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), and 1602-1611 (1976).

¹⁵ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004).

brought¹⁶. The FSIA provision under which they are brought is Section 1605 (a) (3) and deals with property expropriation by the foreign state in violation of international law, interpreted as international customary law, a foreign sovereignty law provision that is unique in the world.

At the same time that this statute is comprehensive and self-contained, the United States, along with some forty other countries, has signed several public declarations, such as the Washington Principles¹⁷ and the Terezin Declaration¹⁸, to the effect that it will ensure that its government sees to the return of Nazi-looted property on its territory. The courts which decide these cases under the U.S. statute deal with its quite specific terms but also under the sway of the public policy. One provision, although not in FSIA §1605 (a) (3), grants immunity to museums for foreign art exhibits with the specified exception of where an art work is subject to a Nazi-era claim of recovery, so the policy of returning Nazi-looted property has entered FSIA statutory law. U.S. statutory construction is, however, quite amorphous, leaving room for contradictory arguments about the effect of that reference on Section 1605 (a) (3) takings.

In 2021, the Supreme Court, in keeping with its general disfavouring of extraterritorial human rights claims¹⁹, said that the relevant section of the Foreign Sovereign Immunities Act was about property, not about international human rights²⁰. But the section itself, by referencing property expropriations in violation of international customary law, cannot escape the realm of human rights entirely. Nor did the Supreme Court feel entirely easy in dismissing that case which concerned the looting of valuable art by Goering during the Nazi period. It suggested a different

¹⁶ See my forthcoming article, *Nazi Stolen Art: Uses and Misuses of the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *Transnational Law and Contemporary Problems* (forthcoming), available at https://scholarship.law.pitt.edu/fac_articles/550.

¹⁷ *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, available at <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/>.

¹⁸ 2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, available at <https://www.state.gov/prague-holocaust-era-assets-conference-terezin-declaration/>.

¹⁹ Here it needs to be clarified that this use of “extraterritoriality” is the one made by U.S. courts, distinct from the concept signified the word in civil-law countries for whom U.S. law is highly extraterritorial.

²⁰ *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703 (2021).

solution on its own that might save the plaintiffs' case while minimizing the interpretation of the statute's human rights dimensions²¹. In the United States, it is a rare court which makes a suggestion not initiated by the plaintiff. The Court's suggestion will mean interpreting German nationality law, just as another related case heard in 2022 by the Supreme Court involved interpreting Spanish property law²².

3. Conclusion

For the comparatist trying to shed light on the best resolution to these ongoing cases, the public and private legal taxonomies are largely without significance. Whether this conclusion should be generalized to encompass all of comparative law is more doubtful. Comparative law as a field is fragmented in both concept and practice. The task of assessing categories is an important one, however, just as is the task of assessing the present, despite its propensity to be invisible, since what is invisible affects human decision-making. I applaud the effort of the symposium organizers who produced this volume to ask us to undertake a step against invisibility and towards exploring taxonomy.

²¹ It suggested that the plaintiffs might have an argument under what is known as the domestic takings exception to FSIA 1605 (a) (3). See *idem*.

²² See *Cassirer v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation*, 142 S. Ct. 1502 (2022).

PRIVATE AND PUBLIC LEGAL FIELDS: SEVERAL SHADES OF GREY

Silvia Ferreri

1. The choice of the topic

The title of our discussion seems quite inspired to me, especially... in the *question mark* at the end of the title.

The backdrop obviously has to do with the opposition that enabled comparative law teachers in the past to contrast the civil law and common law traditions when introducing students to the features of the *major legal systems*. Introductory courses discount the need to offer a broad-brush description of the subject.

The common assumption – in my experience in the field I have become more acquainted with – was that France was leading the Romano-Germanic legal culture by distinguishing the two realms rather sharply, while the common law followed a more undistinguished approach, with no sharp divide, no separate jurisdictions for litigation occurring between private parties or involving a public body.

The title of the meeting we held in Trento suggests – at a single stroke – that the same position can no longer be safely held, that something has, more or less, radically changed.

I would obviously be delighted to be able to offer an inspiring view, an original and enlightening perspective, synthetizing a broad collection of exclusive insights.

But, perhaps, I shall follow the example of a famous judge who concluded his speech at the House of Lords by saying “I hope I have not said anything original”¹. Considering also that the word “original” may have pejorative implications, rather than flattering ones, in that most

¹ Lord Steyn, *Mannai Investment Co. Ltd v. Eagle Star Assurance* [1997] UKHL 19.

complicated English language that we ambitiously try to use in our conversations.

My impression is that the question mark already indicates everything that can be said on the subject: nothing really definitive, more in line with the conclusion that one must draw a nuanced picture and that – up to a certain moment in time – things seemed fairly clear, but have become more fuzzy and less transparent.

Of course, that impression may have to do with the fact that, after many years teaching, one's perspective expands on a longer stretch of time: by observing facts in this perspective one gets the impression that quite often a swinging motion occurs, like that of a pendulum. Traditions get closer, then they fall apart again. In our time span, we have seen the UK entering the EU and... exiting it: each time causing legal consequences of some relevance. If a certain contamination of taxonomies occurred during the UK's participation in the collective effort to reach some European uniformity, one must now wait to see what will happen to the main partitions of the law: what will stand, what will go in British legal practice.

2. In which way the opposition may be said to be less clear or less sharp?

Why do we have the impression of a nuanced picture, a *chiaroscuro* rather than a distinct separation?

A frequent rhetorical device for lawyers is to preliminarily say "it all depends on how you define the notions you are referring to". The private/public distinction is, naturally, exposed to political and economic choices. Just to make a short reference to the context, we have moved from the privatizations of Margaret Thatcher to opposite acquisitions of public services by the States, often changing directions over a few decades. Contingent events, such as the war in Ukraine, suggest stronger State interventions in the economy and in exchanges, in order to re-balance the consequences of market instability. The energy market is variously subsidized, with patent interferences with the free market.

It is often difficult to ascribe issues to the public or the private sector even in one's own legal system: in recent years, for instance, it has become a rather general practice to invest a private citizen of the role of "whistleblower", resuscitating experiences of the past. The role of this "insider" informer, a reliable source of information within some organization, is not quite comparable to an *Ombudsman*, whose duty is officially to investigate into private claims against inefficiencies of the executive power. Somehow, the phenomenon of the *whistle-blower* reminds us of a sort of *Conestabile del Re*, a "promotore di giustizia" (canon law), a kind of *longa manus* of the sovereign, a layman taking care of the functioning of justice, regressing to the situation where accusations were the task of private citizens (13th century)².

We have met this mechanism of justice reinstated in competition law and in criminal law (when information about illegal proceedings within corporations or administrative bodies forwarded by an insider may allow investigations that would, otherwise, be extremely unlikely). In these cases, one really has the impression that the State is *outsourcing* some of its duties, to profit – possibly efficiently –, from private interests and egoistic aims to gather information. The most extreme example that comes to mind is the legislation on abortion in Texas where the person denouncing a procedure of abortion, taking place after the time where the fetus' heartbeat may be detected (sometime around the 6th week of pregnancy), will be granted a sum of money "not less than US Dollars 10.000", for his/her own profit³, without any obligation

² A. GANDINO, *Libellus super maleficiis et causis criminalibus et statutis loquentibus de maleficiis et questionibus dependentibus a statutis*, generally known as *Opus maleficiorum*, or *De maleficiis* (Bologna, second half of the 13th century).

³ Senate Bill 8, *Relating to abortion, including abortions after detection of an unborn child's heartbeat, authorizing a private civil right of action* (pdf: <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00008F.pdf>). The relevant section 171.208 concerning *Civil liability for violation or aiding or abetting violation* provides: "a) Any person, other than an officer or employee of a state or local governmental entity in this state, may bring a civil action against any person who:

(1) performs or induces an abortion in violation of this subchapter [...]

b) If a claimant prevails in an action brought under this section, the court shall award:

(1) injunctive relief [...]

to pay back the money to any public funding. That is the reason why this reward – hypothetically meant to restore the peace of mind of the citizen offended by the abortive practice –, has been compared to a *bounty* or a *reward to denounce* a criminal act. The procedure reminds us of old (XIII century) mechanisms of legality such as the Venitian *Bocca della verità* and the infamous *Tamburazione* of Florence⁴.

Another case, in which private law and public law seem to intersect, concerns Italy, similarly to other countries. In civil law litigation proceedings, beyond labour law litigation (where the provision already existed), the legislator⁵ introduced mandatory arbitration steps: this obligation limits the general rule of freedom for the parties to conduct litigation according to their interest, the principle that *Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*. A more intrusive attitude of the State is observed: for laudable goals, i.e., reducing the backlog of the courts, but further limiting the citizens' choice, the right to dispose of their preferred strategy to protect their interests.

(2) statutory damages in an amount of not less than \$10,000 for each abortion that the defendant performed or induced in violation of this subchapter, and for each abortion performed or induced in violation of this subchapter that the defendant aided or abetted; and (3) costs and attorney's fees".

Comment by E. DOUGLAS, *Texas abortion law a "radical expansion" of who can sue whom, and an about-face for Republicans on civil lawsuits*, in *The Texas Tribune*, September, 3, 2021, noting "an emerging trend in Republican-dominated governments that find it difficult to constitutionally prohibit cultural grievances. Instead, they empower civilians to sue for civil remedies. Jon Michaels, a professor at UCLA Law, points to Tennessee, where students, teachers and employees of public schools can sue schools if they share a bathroom with a transgender person, as well as Florida, where student athletes can sue their school if it allows a transgender athlete to play. 'It's a way of back-dooring and winking while constitutional violations are occurring', Michaels said": <https://www.texastribune.org/2021/09/03/texas-republican-abortion-civil-lawsuits/>.

⁴ L. RAGGI et al., *Enciclopedia Italiana*, 1935, at https://www.treccani.it/enciclopedia/dia/processo_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (accessed 21 June, 2022).

⁵ D.lgs. 28/2010, art. 5 comma I bis (mediation is mandatory in some areas: property in buildings shared by several apartment owners, civil law "real rights", division of common property, hereditary successions, agreements in view of succession, lease and lending of immovables, tort damages for medical malpractice or clinics liability, and so on).

More importantly, however, now we are due to consider another issue of general relevance.

The CEO of *Facebook* gives us a clue to the problem, in synthesis, by saying: “In a lot of ways *Facebook* is *more like a government* than a traditional company”⁶.

In the eyes of an observer this implies that:

Facebook must *answer to the regulators* of other powerful sovereign governments, that of the United States and others around the world. But this is less of a check on power than it first appears because the *impact of social media on society and the economy* is still *poorly understood*, and *regulation takes time* to catch up⁷.

Therefore, the mere fact that innovation occurs more rapidly than legislators can cope with, reduces the impact of State intervention in events that involve a great number of people. For one thing, as we have witnessed, social networks can suddenly and unilaterally exclude an individual or enterprise from communication that is vital and not easily replaced. Being confined, being isolated, secluded from social interactions certainly recalls a State criminal sanction, an exile in nature. Social media are important factors in politics and security.

The picture is to be completed by considering that even the most specific role of a State in regulating money mint, its circulation and its guarantees (by control exercised by central banks) is in dispute when private currencies such as bitcoins are competing to attract investors. The appearance of groups of very powerful and affluent investors willing to create off-shore “sovereign States”, sometimes in the form of

⁶ “Facebook CEO Mark Zuckerberg has said”, E. KLEIN, *Interview*, Apr. 2, 2018 (<https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge>).

⁷ H. FARRELL, M. LEVI, T. O'REILLY, *Mark Zuckerberg runs a nation-state, and he's the king*, Apr 10, 2018, <https://www.vox.com/the-big-idea/2018/4/9/17214752/zuckerberg-facebook-power-regulation-data-privacy-control-political-theory-data-breach-king> (emphasis added).

artificial Ocean platforms, is especially disquieting and subverts/undermines the notion of what a State actually is⁸.

3. Shortcomings of public law

Although States have, in recent times, shown remarkable strength in limiting the freedom of citizens to prevent the spread of diseases, they come short of governing other phenomena that tend to be settled privately, on the basis of agreements between service providers and their clients beyond the reach, or the immediate reach, of regulation.

Are these virtual realities *sovereign entities* or *private networks*, or *something in between* the two?

I have the impression that Sabino Cassese⁹ has summarized the situation rather well, highlighting the decision of multinational organizations, as regards the legal system that may rule their transactions, evading a mandatory context that used to be unavoidable: the “logic of exchange” supplants the “legal-rational” ruling of public administration. The opposition between public and private is overruled by new forms of “aggregation”¹⁰.

⁸ For an intriguing investigation on the subject, a possible suggestion is: G. GATEHOUSE, *The Sovereign Individual, the book that predicted the future we now live in*, BBC 4 Radio, 22 February 2022, podcast at <https://www.bbc.co.uk/programmes/m0014p7b>. The book from which the research starts is: W. REES-MOGG, J. DALE DAVIDSON, *The Sovereign Individual: Mastering the Transition to the Information Age*, Touchstone, 1997 (first publication).

⁹ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002.

¹⁰ “Le imprese possono scegliere il diritto da applicare, ponendo in concorrenza le istituzioni; gli ordinamenti giuridici, che erano un dato al quale non si poteva sfuggire, diventano così una scelta; al dominio legale-razionale dell’amministrazione si sostituisce la logica dello scambio; il bipolarismo tra pubblico e privato è soppiantato da nuove aggregazioni”, as a result: “La rete dei poteri ultrastatali modifica i rapporti tra Stato, società ed economia: il potere *pubblico assume modi e procedure propri dei privati* e viene sottoposto alle regole del mercato” (italics added).

In his own words:

Globalization, overburdened governments, privatization, and new public management techniques all de-emphasized and blurred the public-private divide. Private law invades the space of public law and erodes its specificity¹¹.

As State control declines, a conspicuous private law perspective overtakes the past public law domain.

As we encourage younger colleagues to invest energy in researching this field that challenges our previous point of view, we have to once more admit the *uneasiness of teaching comparative law*. Even reliable features that allowed us to describe the differences between various legal traditions in the past, seem to weaken, making us grapple with rather undefined/loose profiles.

If in the past we used to ask our students to reflect on the French 19th century innovation of distinguishing between ordinary litigation and administrative judges taking care of conflicts with the State (and its administration), if we were able to enlist the absence of the distinction between administrative and general courts as a feature of the common law, now we have to play down the description to a mere tendency, a *prima facie* impression that needs to be immediately qualified. Obviously, we are all aware that any lack of edges in notions, any fuzziness in law will be ascribed by our students not to *facts*, but to the confused mind of the lecturer who is not really able to shed light on a complex matter. Comparative law professors often experience the well-known “impostor phenomenon”¹² as we have to cross the boundaries of various disciplines, without really feeling at ease in any of them. I often considered this duty to engage in discussions outside my “comfort zone” of knowledge as a burden, but also an advantage: by not being exclusively

¹¹ S. CASSESE, *New Paths for Administrative Law, a Manifesto*, 2010, <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/New-paths-for-administrative-law.-A-manifesto1.pdf>.

¹² The terminology is common to indicate a feeling of being inadequate to some role or task, see, e.g.: P.R. CLANCE, S.A. IMES, *The Impostor Phenomenon in High Achieving Women: Dynamics and Therapeutic Intervention*, in *Psychotherapy: Theory, Research & Practice*, 15, 1978, pp. 241-247.

bound to a specific field, one maintains some flexibility, some openness of mind.

4. *Stress tests for the rule of law*

If we have often experienced the feeling of *skating on thin ice* when attempting to illustrate to our students, aspects of constitutional law or procedural law or criminal jurisdiction while being trained in private law¹³ (as a general introduction to various legal systems really required a broad-brush presentation of all the main features), now we also experience the failure of a distinction that seemed rather reliable.

We also lose a fairly entertaining moment of our classes in which we were able to represent, in a rather agreeable way, a difference in attitude between civil and common lawyers.

I imagine that perhaps a few of us have sometimes quoted the well-known 1970s episode involving Lord Mackenzie Stuart and a German lawyer: as they were considering the case of a merchant importing goods from abroad and having paid a sum of money to the custom authorities, Lord Mackenzie Stuart referred to the notion of *quasi contract* considering the chance of recovering undue payments. According to Peter Stein, recalling the episode, the reaction of the German listener was somewhat heated as he rebuked his colleague by stressing that in public law the issue was that of the lawfulness of the behavior by the public authority act: “if it is found illegal, the consequence is automatic: the State has to repair the effects of its actions”¹⁴.

¹³ V. GROSSWALD CURRAN, B. GROSSFELD, *Comparative Law: An Introduction (Comparative Law Series)*, Durham, 2002; B. GROSSFELD, *The Strength and Weaknesses of Comparative Law*, Oxford, 1990: “An aura of ‘malaise’ hangs over the field of Comparative Law – sometimes alluded to as the “drama” of Comparative Law (private and public). Indeed, the comparative scholar is often asked whether his work has any practical importance”.

¹⁴ P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987, p. 153 (the original reconstruction belongs to Lord A.J. MACKENZIE STUART, *The European Communities and the Rule of Law*, London, 1977, p. 47).

When these exchanges took place, English lawyers still nurtured some interest in continental law, they were cautiously peering at the experience within the European Union, and they were not yet alienated to the common enterprise.

Nowadays, we find ourselves rather embarrassed speaking about UK law, especially having learnt that the well-established rule *pacta sunt servanda* did not seem to be strongly felt by Boris Johnson's Government, as far as his relations with the EU were concerned. His reading of the "state of necessity" clause in relation with the agreements governing commerce in Northern Ireland seemed to be close to the notion of "inconvenience" for one of the parties to an international treaty: a rather *idiosyncratic* view of the doctrine, I may say. If the British Parliament will follow this path (*Northern Ireland Protocol Bill*, June 2022)¹⁵, it may become really difficult to reflect on the UK legal system. The rule of law has been subject to a number of stresses, also considering the attempt of Parliament prorogation, interrupted by the Supreme court of the UK with an intervention that has unusually brought judges into the political arena¹⁶. In her extra judicial comment Lady Hale, who was acting as President of the Court at the time the judgment was published, assigned a preeminent role in her career to this decision:

Number one would probably be the prorogation case, where we said it was not within the power of the prime minister to suspend parliament

¹⁵ BBC4 Radio, *The World Tonight*, <https://www.bbc.co.uk/sounds/play/m00187gw> (June 13, 2022) (interview to Sir Jonathan Jones QC who resigned from Government, from the position of head of the legal department, in September 2020, on the basis of the politics with the EU) (see: UK Constitutional Law Association, *The Northern Ireland Protocol, International Law and the Attorney General*, online at: <https://ukconstitutionallaw.org/2022/05/30/sir-jonathan-jones-qc-hon-the-northern-ireland-protocol-in-international-law-and-the-attorney-general/>, accessed June 20, 2022).

¹⁶ The expressions used by the (then) President of the Supreme Court, Lady Brenda Hale were unusually sharp: "The prime minister's advice to her majesty was unlawful, void and of no effect [...] The prorogation was also void and of no effect. Parliament has not been prorogued" R. (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), [2019] UKSC 41 (September 24, 2019) <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>.

for such a long time at such a critical moment. That's quite a source of, not pride, but satisfaction [...] it means a lot to the constitution¹⁷.

The trend to increase the judges' intervention in issues having political resonance also involved the judicial review of administrative decisions in the field of Human Rights: such as matters concerning immigration that have caused several interventions by the Courts in light of the *Human Right Act 1998*¹⁸. The balance of powers has somehow been tilted towards the judiciary by an increase of scope in judicial review: this is the reason why the conservative Government has introduced a bill for a "British Bill of Rights" that, in the intentions of the proposers, should weaken the incorporation of the European HR Convention¹⁹. The chances of success are not fully established: a limitation of the UK courts' powers would not solve the problem of inconsistencies with the Court of Strasbourg; only an exit from the European Convention would definitely emancipate the UK from the scrutiny over the legitimacy of their legislation²⁰.

¹⁷ Interview published by *The Guardian*, *My Desert Island Judgments? Number one would probably be the prorogation case* (by S. HATTENSTONE, 11 January 2020). The title makes reference to a BBC Radio 4 programme (*Desert Island Disks*, where distinguished guests have to select salient episodes of their life and connect them to preferred musical contexts), available online: <https://www.theguardian.com/law/2020/jan/11/lady-hale-desert-island-judgments-prorogation-case-simon-hattenstone>.

¹⁸ Many cases have caused judgments that declared English legislation to be in contradiction with Human Rights protected by the European Convention, as – e.g. – *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (as generally known, Lord Bingham supported a declaration of incompatibility under section 3 HRA on account of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* violating Article 3 ECHR in relation to foreigners).

¹⁹ On 22 June 2022, the Secretary of State for Justice, Dominic Raab, published the *Bill of Rights Bill*. This would repeal and replace the Human Rights Act (HRA) 1998, which gives effect in UK law to the rights and freedoms in the European Convention on Human Rights (ECHR). A scrutiny is constantly conducted by a network of academics (having London King's college as reference) in *UK in a changing Europe*: <https://ukandeu.ac.uk/explainers/the-bill-of-rights-bill/>.

²⁰ Rajiv Shah, a former member of Boris Johnson's policy unit who had worked on the bill, said "There is nothing that we can do on the domestic level to change the fact that we are bound by Strasbourg. The proposed *bill of rights* cannot do that. The only

The extent to which judicial review is actually applicable in the UK would require constant scrutiny these days: the frequent succession of Prime ministers in 2022 involves the sudden change of priorities, also in the extent to which judges are able to investigate matters belonging to the executive power.

The bill for a *British Bill of Rights*, introduced by Johnson's government in Parliament in June 2022, was put on hold by Prime minister Liz Truss in one of her first initiatives in September of the same year. The effort to prevent excessive involvement of the judiciary in matters concerning immigration policies (especially the plan to transfer illegal immigrants in Rwanda) has been put aside by suspending the vote on the articles that would have introduced restrictions on how human rights can be used in claims against the government. However, since the (reduced) role of the European Court of Human Rights and the (limited) application of the Human Rights convention are high in the priorities of reform in the 2019 *Conservative Manifesto*²¹, further discussions on the role of the judges' judicial review are to be expected²².

way to do so is to leave the ECHR": J. ELGOT, *The Guardian*, 7 Sep 2022, <https://www.theguardian.com/law/2022/sep/07/liz-truss-halts-dominic-raab-bill-of-rights-plan>.

²¹ *Conservative Party 2019 Election Manifesto*, page 48: the following passage is included in a section entitled "Protecting our Democracy":

"After Brexit we also need to look at the broader aspects of our constitution: the relationship between the Government, Parliament and the courts; the functioning of the Royal Prerogative; the role of the House of Lords; and access to justice for ordinary people. [...] *We will update the Human Rights Act and administrative law to ensure that there is a proper balance between the rights of individuals, our vital national security and effective government. We will ensure that judicial review is available to protect the rights of the individuals against an overbearing state, while ensuring that it is not abused to conduct politics by another means or to create needless delays.* In our first year we will set up a Constitution, Democracy & Rights Commission that will examine these issues in depth, and come up with proposals to restore trust in our institutions and in how our democracy operates" (italics added).

²² At the time the meeting took place in Trento, *Dominic Raab* was re-appointed Deputy Prime Minister, Lord Chancellor and Secretary of State for Justice (on 25 Oct 2022) in Rishi Sunak government: an ominous event for the security of the European Human Rights convention. In turn, Suella Braverman, Secretary of State for the Home Department (25 October 2022 to 13 November 2023) during her term in office has pressed for denunciation of the European H.R. Convention. The Supreme Court of the

Even more disparagingly than the past Prime Minister, in understanding the mechanisms of the law, in a radio interview (BBC 4 August 2022) one of his cabinet ministers, Jacob Rees-Mogg, candidly argued that the Prime Minister Boris Johnson should have been excused for breaking Covid19 lockdown rules because they were not clear... as, at the time of the birthday and farewell parties etc., no judicial interpretation had been delivered of the rules that the Government itself had written!

The notion that the drafters of legislation would not know the meaning of the rules they had themselves written challenges legal fantasy, but is plausible in the UK tradition of respect for the authority of the judiciary.

Of course, I won't even start to think about legality under President Trump's Presidency in the USA: the only thought of this parenthesis in American democracy overturns any expectation of rationality.

The narrative of the past, the anecdotal approach related to Lord Mackenzie Stuart, seemed an efficient way to also represent to students the clash between different approaches to a common problem: as has been recalled, the circumstance that in England, on a one hand, civil servants do not profit from a privilege allowing them to behave in a way that would not be tolerated by private parties is a positive element. On the other hand, the State may cause citizens damage much more easily than co-citizens could: especially considering those interests such as the exercise of a profession or a commerce (or even managing one's own land property) that are moderately protected by private law rules.

The roots of this absence of a specific "administrative" jurisdiction to deal with litigation opposing a citizen to a public body were generally found in the task of the royal courts, from their beginnings, to "keep the peace of the Realm": the wide scope of the courts' powers meant that no need was perceived to distinguish between different classes of dangers, whether they were caused by hostilities between private parties or by the jailor illegally holding a prisoner (*Habeas corpus*), or another administrative body lacking initiative, or acting *ultra vires* ("writs

UK decision affirming the illegality of the UK legislation on deportation to Ruanda (September 15, 2023) will probably reignite discussions within the conservative Party on how to carry out policies that conflict with asylum rights of refugees.

of mandamus, prohibition, quo warranto”, etc.). Royal courts were equipped with *prerogative writs* that granted litigants access to the courts’ *judicial review*.

As a consequence of this indifference to specific trials for disputes involving a public body, the remedies granted to the winning party were also undifferentiated: the private citizen could obtain an order against the Government or its branches for a specific performance, while this result would not be accessible on the European continent in front of ordinary judges.

In the past, we used to spend some time illustrating how the experience with the abuses by the French Parliaments prompted Napoleon to distinguish the control over public administration from the oversight on private litigation. As well known, the obstructing of needed legislative reforms by ancient “parlements” had to be erased from the courts’ powers²³. Judges should not be able to issue general provisions, as the Code Napoleon establishes in its article 5 (“Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”)²⁴. The root for innovation was in the Revolutionary provisions, as Art. 13, of the *Loi Fondamentale* 1790, established:

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront (...) troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction.

²³ An ironic comment by A. De Tocquevilles should here be incidentally recalled, in the sarcastic mood «Il faut que tout change pour que rien ne change!» (famous passage in G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *The Leopard*, 1957). As a matter of fact, he observes (*L’Ancien Régime et la Révolution, Œuvres complètes*, Paris, 1, 1952, p. 125): «sous l’ancienne monarchie, le gouvernement n’avait guère moins de soin que de nos jours d’éviter aux fonctionnaires le désagrément d’avoir à se confesser à la justice, comme de simples citoyens, ... avant la révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu’en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer les lois».

²⁴ French sources specify also that ever since the previous period «des révolutionnaires construisent un système visant à empêcher les magistrats d’influer sur la vie politique et législative»: Cour de Cassation, <http://www.justice.gouv.fr/minister/histo5.htm>.

The further Napoleonic innovation of creating the *Conseil d'Etat* spread far beyond French borders, reaching not only Italy and nearby countries, but Japan as well²⁵.

5. UK participation in the EU

Of course, the reference to the episode involving Lord Mackenzie Stuart is, rather out of date today, since in the meantime, the UK joined the European Union for a period of time and their lawyers were exposed to European administrative law, which in turn caused an increase in litigation that was partly addressed by *administrative tribunals*²⁶. The High Court (King's Bench) in London has been integrated with an Administrative Court²⁷: actually, according to official data, "in recent years, the Administrative Court has become one of the busiest specialist courts within the High Court"²⁸.

²⁵ A. ORTOLANI, *Riforme e resistenze: il caso del Giappone*, in G. AJANI et al., *Diritto dell'Asia Orientale*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2007, pp. 137 ss.

²⁶ *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* («bringing together existing tribunals into a unitary Tribunal Service with a divisional structure, which would be truly independent of all the individual sponsoring departments»: M. MACCHIA, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/Tribunals-Act-Macchia.pdf>).

²⁷ "The work of the Administrative Court comprises the administrative law jurisdiction of England and Wales" in parallel with "the Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber, UTIAC)" which "has judicial review powers in relation to most immigration decisions and since November 2013 deals with the vast majority of such cases": official website of the UK Judiciary: <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/high-court/administrative-court/overview-of-the-administrative-court/>. The legislative provision relevant is Rule 54 of the CPR - *Rules and Directions, Judicial Review and Statutory Review*, enacted according to *the Civil Procedure Act 1998* (amended by *The Civil Procedure (Amendment No. 4) Rules 2000*), see: (<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/2092/schedule/part/54/made>).

²⁸ *The Administrative Court Judicial Review Guide 2022*, available at: https://asset.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1106207/14.130_HMCTS_Administrative_Court_Guide_2022_FINAL_v06_WEB_2_.pdf. According to the *Guide*, in 2022: "Most cases in the Administrative Court are heard by

As a matter of fact, in the past years some of the textbooks of “introduction to the common law” started their explanations by enlightening students on the break/gap that was introduced within the Anglo-American law by reason of the bulk of rules originated in Brussels that were investing the UK and the incoming tide that “flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back”²⁹.

A consistent load of notions belonging to civil law were indubitably transferred into the common law of the UK: all the case law concerning employees working for the European institutions was imbued of foreign notions, the expression “diritti quesiti” (“vested rights”) was incorporated in common law, remedies that were alien to the English tradition were inaugurated.

For some time, we had the privilege of seeing a *melting pot* of legal notions at work: exchanges between, e.g., the “European estoppel” of Lord Mackenzie Stuart and the German notion of “proportionality” were received in the case law of the Court of Justice in Luxembourg.

After the Brexit, we may still expect that some of the innovations due to the European spill over effect may survive: borrowings are sometimes hard to dispatch. As everyone knows, benefits granted are very hard to be revoked.

6. Some details

When opposing the undifferentiated character of English courts to the neat distinction between ordinary and administrative courts belonging to France, we had to specify to our students, in general terms, that

a single High Court Judge or by another judge or deputy judge authorized to sit in the Administrative Court” (1.7.4), even though “some cases in the Administrative Court are heard by a Divisional Court, usually consisting of one Lord or Lady Justice of Appeal (or the President) and one High Court Judge”. The guide does not specify the period for which each judge is assigned to the administrative section and whether a periodical rotation is established for sitting judges.

²⁹ Lord Denning in *HP Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors* [1974] 3 WLR 202, [1974] 2 All ER 1226, [1974] Ch 401, [1974] EWCA Civ 14EWCA Civ 14 (22 May 1974) (URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1974/14.html>).

some matters in the UK, such as immigration, are entrusted to “tribunals” and that their role in issues such as *Immigration and Asylum*, *School Exclusion Panels*, *Valuation Tribunals* (on tax issues) runs close to what would be entrusted to administrative courts on the continent. It was our care also to explain that:

- not all tribunals are administered by *Her Majesty’s Courts and Tribunals Service* (HMCTS), an agency of the Ministry of Justice;
- that their composition includes “non-legal specialist” members who are however members of the panel hearing the case;
- that their origin was not quite independent from the administration and their task was the composition of litigation, rather than a strictly legal decision on the merits of the case.

Generally, we did not spend a very significant timeshare of our classes on these matters that become rather over technical for a general course on the main features of the legal systems of the world. Additionally, the time-consuming survey of the administrative justice in the UK would have to take into account the frequent investigations conducted by panels asked to revise the previous performances of the system, and exchanges between the executive power and academics carrying out the task of suggesting improvements³⁰. The debates focus on two main issues:

whether the effect of the law on judicial review on the exercise of public power can and should be moderated by (a) tailoring the grounds of review that can be invoked to set aside the exercise of a particular public power, and (b) altering the remedies that are available where the exercise of a particular public power has been the subject of a successful application for judicial review³¹.

³⁰ Commission to comprehensively review administrative law in England and Wales, *The Independent Review of Administrative Law* - GOV.UK, 2021, online: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/970797/IRAL-report.pdf.

³¹ *Judicial Review and Courts Act 2022*, Part 1, *Judicial review* (sect.1, *Quashing orders*, sect. 2, *Exclusion of review of Upper Tribunal’s permission-to-appeal decisions*): <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/35/part/1>.

7. UK and USA misalignments

As a further attenuation/qualification of the neatness of the opposition in the title of our discussion, however, we also had to alert our students to the fact that, within the common law tradition, the attitude on the subject was different in the USA compared to the UK.

Students cannot ignore the weight of federal agencies in the USA, they are not encouraged to underestimate the political role of large administrative bodies. As an element of comparison, we tend to stress the fact that even in the judicial career we observe differences between the USA and the UK: only rarely do civil servants reach significant positions in the judiciary in England. Only recently did one of the Supreme court justices possess a previous experience in State administration: Lady Rose (Vivien Rose) left her previous private legal practice to join the “Government Legal Service” serving as a legal adviser on financial services at HM Treasury until 2001³². On the opposite side, in the USA, it is not unusual for public administrators to join the judiciary: as an example, Justice Brett Kavanaugh “worked both in public service, as an attorney in the Office of the Solicitor General of the United States and as associate counsel in the Office of Independent Counsel Kenneth W. Starr, and in private practice” and Clarence Thomas

in 1979, ... became a legislative assistant for the Senate *Commerce Committee*; he joined President Ronald Reagan’s administration in 1981, working as assistant secretary of education for the *Office of Civil Rights* at the U.S. *Department of Education* and then as chairman of the *Equal Employment Opportunity Commission*³³.

In general terms, we also try to remind our students of the attitude of citizens towards the State: in the USA, for historical reasons, part of the

³² In 2002 she was appointed to the “Senior Civil Service and moved to the Ministry of Defence as Director of Operational and International Humanitarian Law”: Supreme Court, *Biographies of the Justices*, online: <https://www.supremecourt.uk/about/biographies-of-the-justices.html> (last accessed 3 February 2022).

³³ And, as a further reminder, Justice Stephen Breyer “worked as a special assistant to the United States attorney general for antitrust from 1965 to 1967” (<https://www.scotusblog.com/biographies-of-the-justices/>).

population still professes to distrust the Government, to shrink away from central power, even to privately hold arms in suspicion of intrusions by the State that is perceived as “too Big”, too invasive. As far as one can see, a similar attitude is not detectable in the UK, even in the period we have recently experienced (and the accusations towards Boris Johnson’s government for lack of transparency): what is public is not necessarily negative; actually, the early organization of the welfare by social entities that took care of the health and education of the population is considered one of the significant achievements of a liberal State.

As lawyers, we find it especially difficult to delve into sociological research that tries to clarify how the relationship with the Government is affected by mistrust in the USA, why such an antagonism increases, a feature that is often called into discussion³⁴.

Because of really insufficient tools to cope with these issues, we have to pass on the problem to more qualified scholars: a justification we often have to present to our students in our classes. We sometimes have to surrender and admit the limits of our knowledge. A nuanced picture finally emerges, rather than a black and white opposition that would be much easier to illustrate to our listeners.

³⁴ The “right to bear arms” is apparently justified by the “need to defend against the State oppression”: United States government, Department of Justice, Office of Justice Program, *Deconstructing Distrust: How Americans View Government*, National Criminal Justice (NCJ, Number 171715), 1998 (<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/deconstructing-distrust-how-americans-view-government>). According to Pew Research Center, June 6, 2022: “Americans remain deeply distrustful of and dissatisfied with their government. Just 20% say they trust the government in Washington to do the right thing just about always or most of the time – a sentiment that has changed very little since former President George W. Bush’s second term in office”. <https://www.pewresearch.org/politics/2022/06/06/americans-views-of-government-decades-of-distrust-enduring-support-for-its-role/> (accessed June 20, 2022).

PUBLIC AND PRIVATE DIVIDE: SOME REFLECTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE LAW

Barbara Marchetti

1. Preliminary remarks

It is well known that comparison was a latecomer in administrative law. The specificity of national experiences and the close relationship between administrative law and its specific State experience are believed to have caused a delay in comparative studies, determining the separateness and, to some extent, the isolation of national administrative laws until the second half of the 20th century¹.

Comparison was also made difficult by the non-coincidence of the areas covered by administrative law in the different legal experiences: on the one hand, in common law systems, where the existence of administrative law was only recognized around the mid-20th century, this discipline essentially regulated only the relationship between the public administration and the citizen and the guarantees of the latter with respect to the exercise of power².

In French administrative law, on the other hand, administrative law – seen as derogatory law with respect to common law – originally covered every aspect of administrative action, not only the exercise of au-

¹ See G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, 17; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, p. 9; B. SORDI, *Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, 2010, p. 23; R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, pp. 36 ff.

² B. MARCHETTI, *La provincia del diritto amministrativo*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 2021, p. 700.

thoritative powers and the related guarantees for individuals. Organization, justice, contracts, public goods, and liability were all governed by a special law, intended to reconcile, as stated in the Blanco ruling (1873), the rights of citizens with the general interest of the State³.

The delay in comparative studies did not mean, of course, that there were no scholars and legal practitioners interested in studying other legal experiences, like, for instance, Goodnow's work (1893)⁴ in the United States and Tocqueville's⁵ (1840) in France or Brunialti⁶ (1912) in Italy. However, the analysis of other systems was initially not aimed at comparing the different national solutions, nor did it aim to identify convergences and divergences or to propose more efficient and effective solutions for the belonging system. Rather, it constituted a cultural operation, which, in some cases, far from promoting contaminations and transplants between systems, has caused their distance, deliberately accentuating differences and oppositions.

The first comparative studies focused on the fundamental (and apparently insurmountable) opposition between French and English experiences, considered by Sabino Cassese as the two ideal types of administrative law⁷. These systems, examined in synchronous terms, appeared totally divergent in their starting points and began to show timid signs

³ J. RIVERO, *Cours de droit administrative comparé*, Paris, 1956-57. M. TAGGART (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, 1997; M. FROMONT, *A Typology of Administrative Law in Europe*, in S. CASSESE, A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER (eds.), *Max Plank Handbook in European Public Law*, Vol. I, *The Administrative State*, Oxford, 2017, p. 579.

⁴ F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, Cambridge, 1908.

⁵ He analyzed both the French and the Anglo-American administrative law systems and his works influenced legal scholars in UK and in France. See A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, II (1840), V partie, Paris, 1986, p. 629; S. CASSESE, *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in *Le Carte e la Storia*, a III, 1997, n. 2, p. 7.

⁶ A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella Scienza e nelle Istituzioni*, Torino, vol. I-II, 1912-1914.

⁷ S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (ed.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2010, p. 1; S. FLOGAITIS, *Administrative Law et droit administratif*, Paris, 1986.

of convergence only from the second half of the 20th century, revealing real convergences from the 1970s.

Their difference could be seen mainly through the prism of the public/private distinction. To explain the English administrative law of the late 19th century means talking about Dicey and his rejection of the French model of *droit administratif* as a special, autonomous, distinct, and separate system of rules⁸.

The English administration was therefore a body mainly regulated by common law and subject to the jurisdiction of ordinary courts.

On the contrary, in France, there was a special law for public administration, the *droit administratif*, elaborated by the *Conseil d'État*, which was the judge of public power. Administrative authorities were exempt from the jurisdiction of ordinary courts, which, since the Saint Germain edict (1641), were called to stop in front of the State.

However, a careful observation of English law and judicial review shows that this opposition was not entirely real. It should be remembered that Paul Craig traces back to the 16th century caselaw the first case of a 'reasonableness' review of public decisions⁹.

Special rules were therefore applicable to public authorities, although not to an extent comparable to what could be observed in the French legal system, but their existence was unseen by virtue of a precise cultural approach.

However, the distance between the two systems begins to close very early. This leads to a partial convergence between the two systems in the second half of the 20th century, when the UK recognized special remedies and rules for public administration (and thus a public/private

⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, 1885, London, X ed., 1961; S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 18, 1990, pp. 8-9.

⁹ P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundations and Challenges*, Cambridge, 2015: "It may well be true that 'administrative law' as an organizing concept for teaching and text writing is a relatively recent phenomenon, but this should be kept firmly in perspective. The legal reality is that we have had a body of legal rules concerned directly with the legal constraints that should be placed on the administration broadly conceived for at least 400 years, and many of the core concepts that we use today would be recognized by our judicial forebears such as Coke, Holt, Hale, Abbott, Blackstone, Mansfield and Kenyon because they created them".

divide), and France reduced the authoritarian features of administrative action and the emergence of private law rules applicable to public administration¹⁰.

These developments resulted into an interchange and succession of public and private rules in the two systems: in English administrative law, people began to speak of rules and remedies applicable to the public administration which were special and different from the private ones (Silvia Ferreri reminds us of this gradual convergence by recalling the nature of contractual powers of the administration and the public interest' challenge to the *Pacta sunt servanda* principle); while in the French system, the application of logic and rules of private law has begun to cover certain areas (liability and contracts) previously entirely governed by administrative law.

2. *New trends and new directions of administrative laws*

From the occurrence of these convergences (in the last 'decades' of the 20th century) to the present, the public/private distinction has undergone new developments, that all of us know very well.

In general, as Maria Rosaria Ferrarese observes¹¹, in all national systems there has been a twofold movement: a movement of internationalization (and Europeanization, a process very evident for European states), which in turn has deeply influenced the categories of private and public law in Europe, causing an increasing convergence of Member States.

¹⁰ See G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 84; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 22; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., p. 81; B. MARCHETTI, *Searching for the Fundamentals of Administrative Law*, Torino, 2019, p. 13.

¹¹ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022; K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, 2019, p. 183, su cui M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubblico*, 3, 2021; A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati?*, in *Dir. pubblico*, 3, 2021.

And a movement of privatization, understood both as a delegation of public powers to private actors (due to the contraction of public resources and the inability of the Government to carry out all the assigned tasks) and as an entry into the political arena of private actors *tout court*. Here, I refer mainly to the big tech companies and their enormous powers on the citizens of the world.

The big tech corporations are huge private powers which are probably the most emblematic case of a strong reshuffling of the public and private categories.

For many aspects, Facebook and Google is more like a State than a traditional company. It is no accident, that in delay of a public regulation, Facebook has given itself rules (self-regulation) and created a rudimentary internal justice system¹².

What is clear, then, is that today – like never before – it is not possible to draw a clear distinction between rules governing public actors and rules governing private actors.

For this reason, as the different presentations confirm, the traditional public/private dichotomy can no longer be understood in the same way we did in the last century.

Silvia Ferreri goes beyond that. She suggests that we have to abandon the public/private opposition and its sharp distinction, in favour of the complexity, of the nuances, and of the framework of variations that allow us to represent the various space occupied by public and private law in the comparison of legal systems¹³. The same analysis was made

¹² L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2022.

¹³ S. FERRERI, *Public and private legal fields: several shades of grey?*, in this book. In the Author's words "If in the past we used to ask our students to reflect on the French 19th century innovation of distinguishing between ordinary litigation and administrative judges taking care of conflicts with the State (and its administration), if we were able to enlist the absence of the distinction between administrative and general courts as a feature of the common law, now we have to play down the description to a mere tendency, a "*prima facie*" impression that needs to be immediately qualified. Obviously, we are all aware that any lack of edges in notions, any fuzziness in law will be ascribed by our students not to *facts*, but to the confused mind of the lecturer who is not really able to shed light on a complex matter".

by Bernardo Sordi in *Diritto Pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*¹⁴.

Vivian Curran tells us that the space occupied by public law and private law varies from system to system because of the porosity of the law¹⁵.

In her opinion, private and public become intertwined and change in nature: rules evolve, from public to private and from private to public, to the point that the categories of public and private have become of little use in and for comparison.

Giacinto della Cananea, on the other hand, points us to three areas in which the distinction between public and private retains relevant significance: public goods (public domain), public finance (also in view of the treatment that tax law receives within the ECHR), and the discipline of administrative procedure, regarding the criteria for identifying public administration.

So, after these presentations it is not easy to add something useful to the debate.

Everything has become fluid, nuanced, unclear, even blurred, as Anna Grear underlined in her *Theorising the Rainbow? The Puzzle of the Public-Private Divide*¹⁶.

3. Recent developments around the public/private divide

Maybe adding some thoughts and notes to those of my colleagues will be enough.

First point. In common law systems, where the public and private categories have traditionally played a less relevant role, today seems to be an increasing reliance on the public-private division. This can be

¹⁴ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto private. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

¹⁵ V. CURRAN, *Porosités du droit. Law's porosities*, Société de législations compare, Paris, 2021; ID., *Private law-public law taxonomies in comparative law*, in this book.

¹⁶ A. GREAR, *Theorising the Rainbow? The Puzzle of the Public-Private Divide*, in *Res Publica*, 9, 2003, p. 169.

considered ironic, as Ne Varuhas observed in his *Taxonomy and Public Law*¹⁷.

Reforming the judicial review of administrative action (through the *Judicial Review and Court Act* of April 2022), the UK is going towards an even stronger protection of the Government from the Courts' scrutiny¹⁸. This seems to result in a strengthening of specialty in that system while –paradoxically – in civil law systems we see trends in the opposite direction, tending to favour the equalitarian logic and attenuate the specialty features of public disputes and procedure.

From this case, I would not draw on the idea of a diminishing relevance of the distinction. On the contrary, I would underline the importance of observing and understanding the reasons for these new trends: why does the UK seem to be going in the direction that continental Europe seems to abandon, strengthening the distinction between

¹⁷ J. NE VARUHAS, *Taxonomy and Public Law*, M. ELLIOTT, J. NE VARUHAS, S. WILSON STARK, *The Unity of Public Law?, Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2020, p. 59: "Given the distinction is under increasing pressure in systems in which it has been a defining feature, in part because of learning derived from common law jurisdictions, it is somewhat ironic and also misguided that there is increasing recourse to the division in common law systems".

¹⁸ This reform is related to the Courts powers and to the judicial review of the Upper Tribunal decisions. Section 1 of the Act gives a court a discretion in how it makes a quashing order, which is made in a case to strike down a decision or instrument that it has found to be unlawful. The courts now have the option of suspending the quashing order in some cases, so that the public body is first given the opportunity to correct any failure that the court has identified. The court also has a discretion to limit the retrospective effects of the quashing order, so that things done by the public body before the quashing order was granted remain lawful. The discretion to suspend quashing orders could be particularly relevant where claimants succeed with a judicial review on procedural grounds.

Section 2 of the Act removes the Administrative Court's 'Cart' jurisdiction for judicial reviews – these are essentially appeals from certain decisions of the Upper Tribunal. The main impact of this provision will be on immigration cases starting in the tribunal system. This new limit on the court's jurisdiction is likely to be the subject of a legal challenge after concerns were raised that the provisions restrict access to justice. As a result, it remains to be seen if it will have its intended effect. See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/35/contents>.

public and private spheres? Is this a process that has some consequences in a comparative perspective?

We can observe that the main difference existing in the past between English and French administrative law is now reversed: in continental Europe, public and private law have become more intertwining while in United Kingdom the dichotomy now seems clearer and more marked.

Second point: let's look at the powers of the big tech and the law governing the digitalization process in the world.

We are seeing an almost contrasting approach between the United States and China, on one hand, (in which only self-regulation or lack of regulation can be observed) and Europe, on the other hand, which is trying to regulate digital platforms, digital services, artificial intelligence (AI) in the perspective of a human-centred approach.

The Data protection regulations, the Digital Markets Act (DMA), the Digital Services Act (DSA), the proposal of the Artificial intelligence Act (AIA), all represent new domains for public regulation, protection of citizens' rights, and public enforcement¹⁹.

It seems to me that the space of public law and regulations is increasing in EU member States compared to other legal experiences with, among other things, a tendency to export the European model to the whole world according to the Brussels Effect phenomenon observed by Anu Bradford²⁰.

This is happening in different areas: competition, digital economy, consumer health and safety, environment, and data protection.

Third point. First the financial crisis, and then the Pandemic have revitalized the role of the State, which has become both *Stato Salvatore* (or Saviour State) – according to the new label proposed by Giulio Napolitano²¹ – and *Stato imprenditore* (or Entrepreneurial State)²², so that

¹⁹ DMA EU Reg. 2022/1925; DSA EU Reg. 2022/2065. On EU and US different strategies on Artificial Intelligence see E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2020, 1, p. 29.

²⁰ A. BRADFORD, *The Brussel's effect: how the EU rules the world*, Oxford, 2020.

²¹ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore. Strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 11.

the winds of privatization have been followed by new winds of re-publicization of the economy and the markets. The European Green New Deal is a clear manifestation of this new trend, aiming at promoting a new leading role of the State in the economy²³.

4. The public/private dichotomy is still useful?

It seems to me that all these phenomena testify to the vitality (and importance) of maintaining the two categories and to keep our eyes on the public/private dichotomy's developments.

The oscillations of the pendulum between public and private sectors, the degree of coverage of public law, and the space of private law remain a useful key for understanding the relationship between law, economy and society, and for comparing legal systems.

Traditionally, private law is inspired by the principle of lordship of the will and equality of relationships.

Public law, on the contrary, is primarily the law which limits the power and recognizes guarantees to those who are subjected to it²⁴. Rationality, reasonableness, proportionality, fairness, due process of law

²² M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public v. Private Sector Myths*, Cambridge, 2013; see also F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (eds.), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

²³ E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in CMLR, 2021, 59, p. 19; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 2022, 2, p. 297; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 415; A. SIKORA, *European Green Deal – legal and financial challenges of the climate change*, in *ERA Forum*, 2021, 21, p. 681.

²⁴ But public law is related also to that body of law which creates public institutions and confers public powers; and regulates various activities in accordance with public goals, including social and economic goals, such as competition law and environmental regulation.

are all fundamental principles developed in the public sphere to contrast, control and limit powers²⁵.

This is why public law traditionally and historically followed public powers.

But if powers become private, and pose a threat to the rights and freedoms of citizens, it is natural that the law governing these new private powers should evolve toward the typical public rules and principles (Teubner speaks of de-economized private law)²⁶. Also because private law, which rests fundamentally on *consensus* and liability,

²⁵ On general principles of administrative law and their universal feature, see, among others, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, 2016; ID., *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2016.

²⁶ In this regard, see G. TEUBNER (*After Privatization? The Many Autonomies of Private Law*, in *Current Legal Problems*, 51, 1998, pp. 393-424): he contests the emerging consensus on a new “compensatory political justice”, the idea that the way to resist the domination of market efficiency values is to extend public law elements and controls into the private law of advanced industrialized societies. He makes two claims: first, that “[t]he crucial problem is not how to compensate for the loss. Thus, rather than allowing the difficulties of operating the distinction in practice (for the purpose of deciding which borderline bodies benefit from the operation of the procedural rule) to occlude the conceptual distinction between public law and private law (Oliver’s argument), the archetypal conceptual paradigms at the extremities of the meta-spectrum could be allowed, in conjunction with an overtly facilitative analysis of law, to generate a more precise logic for the granting of the procedural advantage. This would allow those decision makers with ‘central case’ public power/responsibility to take advantage of the rule, while the more borderline bodies (perhaps revealed as relevantly different precisely in the light of such an analysis) could still be held accountable to standards of fairness a natural justice on the basis of their power to affect important individual and social interests, as Oliver is surely rightly concerned to advocate.

Rather it is how to move out of the reductive public/private dichotomy itself and how to make private law responsive to a plurality of diverse “private” autonomies in civil society”; and, second, that “[t]he adequate reaction to privatization is not to impose public law standards on private law, rather to transform private law itself into the constitutional law of diverse private governance regimes which will amount to its far-reaching fragmentation and hybridization”.

seems less adequate to protect the interests of those who are subjected to it²⁷.

In this sense, the public/private dichotomy has a new dimension.

While public law was once applicable to public actors, and vice versa private law applied to private subjects, this correspondence is now lost.

Public actors are sometimes governed by private rules, because in many areas they do exercise powers.

Private actors are (and have to be) regulated by public law, not only because they can sometimes exercise public services or public functions (delegated by the State)²⁸ but also because they exercise relevant powers affecting people to a growing significant degree.

These changes and developments – in my opinion – do not deny the relevance of the categories as long as public law and private law continue to be based on different values, tools, principles, rules, and remedies.

On the contrary, these developments seem to me to be revitalizing the public/private distinction, renewing it from inside, without taking away its usefulness in the comparative analysis of the legal systems.

²⁷ The point for G. TEUBNER (*After Privatization? The Many Autonomies of Private Law*, cit.) is simultaneously to “de-politicize” and “de-economize” private law – by which he means distancing it from the public and private sectors alike. The important point, for our present purposes, is the emphasis in his work on the fact that other important social and human considerations have been neglected or instrumentalized by ideologies caught up in a reductive interplay between politics and economics (public and private sectors), thus marginalizing and distorting other important sectors of civil society. The main challenge then, for private law theory, is, in his words, to “rethink the one (de facto, economic) autonomy of the free individual into the many autonomies of different social worlds – the autonomy of intimate life, health care, education, research, religion, art, the media – to which private law needs to be responsive”.

²⁸ J. BARNES, *An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors*, in *Eur. Public Law*, 2018, p. 595.

INDICE DEGLI AUTORI

FULVIO CORTESE, Professore Ordinario, Istituzioni di Diritto Pubblico -
Università di Trento

ANTONIO GAMBARO, Emerito, Diritto Privato Comparato - Università
Statale di Milano

PIER GIUSEPPE MONATERI, Professore Ordinario, Diritto Privato Com-
parato - Università degli Studi di Torino

CLAUDIO CONSOLO, Professore Ordinario, Diritto Processuale Civile -
Università La Sapienza (Roma)

GIAN MARIA AJANI, Professore Ordinario, Diritto Privato Comparato -
Università degli Studi di Torino

MARIA ROSARIA FERRARESE, Professoressa Ordinaria, Sociologia del
Diritto - già docente dell'Università di Cagliari

GIUSEPPE NESI, Professore Ordinario, Diritto Internazionale - Universi-
tà di Trento

ELISABETTA GRANDE, Professoressa Ordinaria, Diritto Privato Compa-
rato - Università del Piemonte Orientale (Alessandria)

UGO MATTEI, Professore Ordinario, Diritto Privato - Università degli
Studi di Torino

NICOLÒ TROCKER, *Emerito*, Diritto Processuale Civile ed Europeo -
Università di Firenze

INDICE DEGLI AUTORI

VINCENZO VARANO, Emerito, Diritto Privato Comparato - Università di Firenze

ANDREA BECHERUCCI, Archivista - Istituto Universitario Europeo (Firenze)

LUCA PES, Professore Associato, Diritto Privato Comparato - Università di Trento

ANNE GRIFFITHS, Emeritus Professor, Anthropology of Law - Edinburgh Law School (Regno Unito)

CARLO CASONATO, Professore Ordinario, Diritto Costituzionale Comparato - Università di Trento

ROBERTO SCARCIGLIA, Emerito, Diritto Pubblico Comparato - Università di Trieste

GIORGIO RESTA, Professore Ordinario, Diritto Privato Comparato - Università Roma Tre

VIVIAN CURRAN, Distinguished Professor of Law - University of Pittsburgh (Stati Uniti)

SILVIA FERRERI, Professoressa Ordinaria, Diritto Privato Comparato - Università degli Studi di Torino

BARBARA MARCHETTI, Professoressa Ordinaria, Diritto Amministrativo - Università di Trento

LUISA ANTONIOLLI, Professoressa Ordinaria, Diritto Privato Comparato - Università di Trento

ELENA IORIATTI, Professoressa Ordinaria, Diritto Privato Comparato - Università di Trento

COLLANA
'QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA'
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)
14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)
15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)
16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BEL-LANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)

39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)

40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)

41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)
58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)
59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)
60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)
61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)
62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)
63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)
64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)
65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)
66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)
67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)
68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)
70. *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)
71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)
72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)
73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)
74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)
75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)
76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)
77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)
78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)
79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

COLLANA 'QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA'

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024)