COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI

A cura di
Alessandro Somma
Vincenzo Zeno-Zencovich

Studies in Law and Social Sciences 6

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. Zoppini, P. Sirena (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. Caggia, G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana "Studies in Law and Social Sciences"
6

COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI

A cura di
Alessandro Somma
Vincenzo Zeno-Zencovich

Roma TrE-Press
2021

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: RomaTrE-Press ©
Roma, maggio 2021
ISBN: 979-12-5977-017-2

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

Guido Alpa • Carlo Angelici • Adolfo di Majo • Nicolò Lipari
Salvatore Mazzamuto • Pietro Rescigno

Coordinatore

Andrea Zoppini

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series *sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the "Law and…" methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*

Indice

PREMESSA di Alessandro Somma e Vincenzo Zeno-Zencovich 1

DIRITTO AGRARIO

Antonio Iannarelli, *Comparazione e diritto agrario* 7

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Luca De Lucia, *Comparazione e sfide del diritto amministrativo* 21

Giacinto della Cananea, *La comparazione dei diritti amministrativi nello spazio giuridico europeo* 41

Giulio Napolitano, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato: acerrimi nemici o migliori amici?* 59

DIRITTO COMMERCIALE

Vincenzo Cariello, *In cammino verso la comparazione nel e per il diritto societario (a favore di un'ermeneutica della comparazione)* 75

DIRITTO DEL LAVORO

Lorenzo Gaeta, *La comparazione nel diritto del lavoro italiano* 183

DIRITTO E RELIGIONE

Enrica Martinelli, *Per una lettura epistemologica del diritto comparato delle religioni* 207

Roberto Mazzola, *Diritti inutili? La variabile "religiosa" nelle dinamiche del diritto comparato* 227

DIRITTO PENALE

Alessandro Bernardi, *Sul ruolo della comparazione nel processo di europeizzazione del diritto penale* 251

Massimo Donini, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica* 281

Gabriele Fornasari, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico* 319

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Angelo Dondi, *Comparazione oggi. Brevi (e molto limitate) impressioni dal* côté *processuale* 333

Luca Passanante, *I metodi del diritto processuale civile: tra diritto positivo e comparazione* 341

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Renzo Orlandi, *L'approccio comparatistico nelle dottrine processualpenalistiche. Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano* 359

CONCLUSIONI

Vincenzo Zeno-Zencovich, *Un diritto comparato dialogante* 377

Alessandro Somma, *Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo* 381

Notizie sugli autori e le autrici 413

Premessa

Sono oramai lontani gli anni in cui alla comparazione si dedicava un limitato numero di giuristi accademici, ed essa aveva uno spazio risicato nei programmi di insegnamento universitari. Il diritto comparato è ora diffusamente studiato e praticato, e sono numerosi i corsi che vi fanno a vario titolo riferimento: da quelli incentrati sulla macrocomparazione, i Sistemi giuridici comparati ma anche i Diritti corrispondenti alle diverse famiglie di sistemi (Diritto angloamericano, Diritto islamico, Diritto latinoamericano, Diritto africano e così via), a quelli dedicati alla microcomparazione: i Diritti privato e pubblico comparato fino ai Diritti coincidenti con i vari settori dell'ordinamento privatistico (Diritto comparato dei contratti, Diritto di famiglia comparato, Diritto del lavoro comparato e molti altri) e pubblicistico (ad esempio Diritto penale comparato, Diritto parlamentare comparato e Diritto amministrativo comparato). La produzione scientifica, poi, include sovente riferimenti comparatistici più o meno articolati, e sono numerosi i campi del sapere giuridico nei quali le ricerche prive di questi riferimenti sono considerate carenti.

Il successo della comparazione giuridica è tale che i suoi cultori per professione, ovvero gli accademici il cui percorso formativo si è formalmente incentrato sullo studio e l'insegnamento della materia, sono da tempo tenuti a condividerlo con i cultori del diritto positivo. Questi sviluppi hanno prodotto e producono frizioni che, al netto di quelle legate alle peculiarità dei meccanismi accademici, occorre prendere in seria considerazione. Si tratta invero di sviluppi inevitabili e per molti aspetti positivi, dal momento che offrono ai cultori del diritto comparato una vasta platea di interlocutori, e con ciò preziosi stimoli a riflettere sul senso della loro attività di studiosi e di docenti. Il successo della comparazione induce cioè a mettere a fuoco i fondamenti di quell'attività, a pensare e ripensare lo statuto epistemologico della materia così come la sua collocazione entro il campo dei saperi giuridici.

Detto questo, quella condotta dai cultori del diritto positivo è in buona sostanza una microcomparazione, che si avvale degli strumenti di analisi in massima parte predisposti dai comparatisti: i primi non si occupano direttamente delle categorie sistemologiche e delle metodologie comparatistiche, che sono soliti mutuare più o meno acriticamente dai secondi. Questo non significa che una riflessione dedicata alle categorie e le metodologie sia superflua: la rende al contrario una necessità impellente, se non altro perché le acquisizioni in questo ambito non sono mai definitive, e necessitano di essere costantemente verificate soprattutto nelle fasi in cui si accumulano i risultati di un loro utilizzo poco meditato. Significa però che

il confronto tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo è tanto più produttivo, quanto più muove da una messa a fuoco delle vicende di cui i primi possono rivendicare una particolare competenza: non certo per poi renderle impermeabili al confronto, bensì per contribuire ad allargarne l'orizzonte, a non schiacciarlo sul terreno privilegiato dall'interlocutore.

Anche questa fase preliminare rispetto al confronto con i cultori del diritto positivo deve però essere preceduta da confronti. Essa richiede infatti una interlocuzione con studiosi capaci di stimolare nuove riflessioni attorno alla sistemologia e alla metodologia comparatistica.

L'interlocuzione più immediata è quella con le materie con cui i comparatisti hanno fin da subito mostrato una particolare affinità: prima fra tutte la storia del diritto. Evidentemente il contesto in cui operano gli storici presenta differenze di rilievo rispetto a quello che interessa il diritto comparato, se non altro perché i primi stanno vivendo una fase di interesse calante per la loro materia. Comune è però la diretta conseguenza di una simile situazione, ovvero la necessità di riflettere circa il ruolo della disciplina, e di farlo sullo sfondo di un confronto con il diritto positivo e i suoi cultori. Di qui la scelta di inaugurare una serie di riflessioni sul senso della comparazione giuridica con un raffronto tra i suoi cultori e gli storici del diritto: custodi entrambi di un binomio antico tenuti a identificare nuovi propositi per il suo sviluppo oltre la mera conservazione. A questi aspetti si è dedicato un seminario tenutosi nell'Università di Ferrara nell'ottobre del 2016, i cui risultati si possono leggere in un corposo volume di indubbio interesse per i cultori delle due discipline, oltre che per gli studiosi del diritto positivo interessati ai dibattiti condotti in seno a materie cui sono più o meno soliti fare riferimento[1].

L'interlocuzione dei comparatisti interessati a prepararsi al dialogo con i cultori del diritto positivo deve però superare i confini del sapere giuridico. Anche altre discipline condividono del resto l'intreccio con la comparazione, innanzi tutto quelle che il comparatista privilegia nel momento in cui invoca l'opportunità di un approccio interdisciplinare. Di qui l'opportunità di rivolgersi alle scienze sociali e umane e in particolare all'antropologia, all'economia, alla politica, alla sociologia e alla storia: per raccogliere spunti idonei a riflettere sui fondamenti della comparazione condotta in quegli ambiti, da mettere a frutto come stimoli al ripensamento dei fondamenti della comparazione giuridica e del suo statuto epistemologico. In questo ci siamo impegnati nel corso di un seminario tenutosi all'Università di Bergamo nel maggio 2018 e dedicato alla comparazione tra comparazioni, i

[1] M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018. Il volume è liberamente accessibile in rete: www.rg.mpg.de/gplh_volume_11.

cui partecipanti si sono interrogati sui loro oggetti, scopi e metodi[2].

Forti degli stimoli offerti dalle interlocuzioni con la storia del diritto e con la comparazione nelle scienze umane e sociali, abbiamo dato vita a un confronto tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo, per ora limitato alle materie che non sono in competizione più diretta con la comparazione giuridica: a queste, ovvero al diritto privato e al diritto pubblico e costituzionale, dedicheremo una ulteriore iniziativa. Questo volume riporta i risultati del confronto, che si è tenuto all'università di Ferrara nel settembre 2019, e che ha coinvolto cultori del diritto agrario, del diritto amministrativo, del diritto commerciale, di diritto e religione, del diritto penale, del diritto processuale civile e del diritto processuale penale.

Ai partecipanti abbiamo chiesto innanzi tutto di mettere a fuoco il ruolo che la comparazione ha rivestito e riveste nelle loro materie, e in particolare di segnalare se essa ha dato vita unicamente a esercizi di microcomparazione o se ha invece coinvolto anche la macrocomparazione. Abbiamo poi chiesto di indicare le finalità dei raffronti, precisando se comprendono il mero incremento delle conoscenze attorno ai diritti stranieri, e di riflesso al diritto interno, magari utilizzate per rovesciare le ortodossie prevalenti nello studio dei diversi diritti positivi. Abbiamo quindi invitato a indicare le finalità di ordine pratico di volta in volta privilegiate, in particolare quelle connesse con il processo di unificazione del diritto, soprattutto in area europea, e con il proposito di identificare modelli da importare. Infine abbiamo sollecitato una riflessione circa l'eventuale utilizzo della comparazione come espediente idoneo a esaltare non tanto le comunanze, quando l'identità e dunque la diversità dei diritti studiati.

Come si vede, non abbiamo inteso concentrare l'attenzione sulla metodologia comparatistica, e neppure sugli oggetti della comparazione. Il come e il cosa comparare sarebbero del resto emersi come ricaduta di una riflessione sul perché comparare, a cui dedicare spazio nelle nostre conclusioni. Per aggiungere così un ulteriore tassello nel ripensamento dei fondamenti della nostra disciplina, nella convinzione che il cammino intrapreso è ancora tanto lungo e impegnativo quanto appassionante e coinvolgente. Per questa tappa ci corre però l'obbligo di ringraziare Clarissa Giannaccari e Lorenzo Serafinelli, a cui si deve la preziosa opera di editing del volume.

Alessandro Somma

Vincenzo Zeno-Zencovich

[2] G. Resta, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2021.

Gabriele Fornasari

L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico

Sommario: 1. Il quadro storico di riferimento: le ragioni di un ritardo – 2. Le cause della svolta e il nuovo interesse per la comparazione – 3. Quale statuto epistemologico per la comparazione penalistica? – 4. Microcomparazione e macrocomparazione – 5. La comparazione e le sue finalità – 6. L'individuazione dei modelli di riferimento – 7. I nuovi fattori di impulso alla comparazione – 8. A mo' di conclusione.

1. *Il quadro storico di riferimento: le ragioni di un ritardo*

Un'analisi della comparazione penalistica in Italia non può non partire da un seppur breve *excursus* storico. E il primo dato che questo excursus dimostra è quello di un ritardo. Di un duplice ritardo, sia nei confronti di altre discipline giuridiche, sia nei confronti si altri Paesi.

Il Novecento penalistico italiano, per circa tre quarti della sua durata, è caratterizzato da studi che con poche eccezioni prescindono da indagini comparatistiche, se non puramente occasionali e mai caratterizzate da un'adeguata metodologia.

Quando mi riferisco al settore penalistico, intendo abbracciare anche gli studi di diritto processuale penale, assunto che per gran parte del periodo storico citato l'attuale steccato accademico di separazione fra diritto sostanziale e processuale non esisteva.

Se ne suole attribuire la responsabilità all'indirizzo tecnico giuridico instaurato a seguito della citatissima prolusione sassarese di Arturo Rocco[1] e divenuto dominante già durante l'età del fascismo, quantunque non fosse in sé consustanziale con una concezione autoritaria del diritto penale, anche se certo si adattava molto bene all'impronta nazionalista del fascismo.

Che una parte di responsabilità vi sia stata è difficile negarlo: anche se Rocco, in un passaggio non molto citato della sua prolusione, rivendica al giurista, tra le altre, anche la funzione di interpretare le norme con l'uso

[1] *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.

del metodo comparato (ed essendo egli stesso uno studioso assolutamente attrezzato a farlo, come dimostrano i suoi scritti precedenti, nonché la stessa prolusione), è certo che il ben più noto e citato passaggio in cui si afferma con forza la necessità che il penalista si attenga religiosamente e scrupolosamente al diritto positivo vigente come unica premessa per fare davvero scienza giuridica ebbe il potere di deprimere una tradizione di studi a cui in realtà non era del tutto estranea la prospettiva della comparazione, come dimostrano diversi studi apparsi tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento in una sede prestigiosa come la "Rivista penale" di Luigi Lucchini.

Né era possibile pretendere che gli studi comparatistici traessero linfa durante il periodo fascista.

La concentrazione verso la produzione e l'interpretazione di un codice (*rectius*: di due codici) espressione dell'autentica tradizione nazionale e il forte *input* politico in senso ultranazionalista condizionarono sensibilmente la dottrina, e si può con certezza affermare che i riferimenti comparatistici di alcuni studiosi (possiamo citare in particolare gli allora giovani Giuseppe Bettiol e Pietro Nuvolone) possono essere considerati come avvenimenti sporadici.

Sorprende forse di più che questo sostanziale disinteresse in fondo caratterizzi anche i primi decenni successivi all'instaurazione dello stato democratico costituzionale.

Alcuni autorevoli penalisti italiani, come Tullio Delogu, si diedero da fare per sostenere la tesi della compatibilità del codice Rocco con i principi fondanti del liberalismo, solo che se ne eliminassero alcune incrostazioni evidentemente autoritarie contenute soprattutto nella parte speciale; questo tentativo di fatto ebbe successo e condizionò anche l'attività dottrinale, in cui non venne sostanzialmente meno il dogma dell'essenziale attenzione al diritto positivo vigente come oggetto di analisi.

Solamente nelle ricerche di qualche studioso affiorò una crescente attenzione per modelli dogmatici stranieri. Faccio riferimento, ovviamente, alla dogmatica tedesca, che all'inizio della seconda metà del Novecento si affermò come un formidabile prodotto di esportazione. Tuttavia, bisogna ricordare che talvolta quei riferimenti a costruzioni di teoria generale del reato erano consapevoli fino a un certo punto, dato che omettevano di considerare il substrato sociale, culturale e normativo di quelle costruzioni teoriche, ed inoltre nella maggior parte dei casi si concludevano con il rigetto di quelle impostazioni; basti pensare al rapporto con la concezione finalistica dell'azione, accolta solo da un settore minoritario della nostra dottrina e fatta oggetto per esempio di una liquidazione sprezzante nel diffusissimo manuale di Francesco Antolisei.

Nel frattempo, invece, nel campo del diritto civile figure di studiosi

del calibro di Gino Gorla e Rodolfo Sacco davano luogo a un'importante innovazione metodologica, produttiva di studi che si ponevano l'obiettivo di analizzare per modelli i sistemi giuridici e di inserire a pieno titolo la comparazione nello strumentario interpretativo del giurista.

2. *Le cause dalla svolta e il nuovo interesse per la comparazione*

Ho sempre avuto l'impressione che il punto di svolta che ha incrementato in modo decisivo l'attenzione degli studi penalistici verso quello che potremmo definire il mondo esterno rispetto all'orizzonte nazionale sia da individuare non tanto all'interno dell'oggetto degli studi stessi, ma in un fattore esterno.

Alludo all'istanza di riforma del codice (in realtà, non solo del codice me anche di altri pilastri del sistema penale) che cominciò ad emergere in modo sempre più forte a far data, direi, dagli anni Settanta, unitamente a un'istanza parallela di effettiva valorizzazione dei principi costituzionali in materia penale, ivi compreso il settore processuale.

Contemporaneamente, divenne più frequente, fino a diventare quasi abituale dagli anni Ottanta, che i giovani ricercatori del diritto penale integrassero la propria formazione con periodi di studio all'estero, durante i quali inevitabilmente vennero a contatto con metodi e informazioni che relativizzavano il modello penalistico che gli studi universitari avevano presentato loro quasi come un dato ontologico e non condizionato da premesse peculiari che potevano non essere condivise da altri ordinamenti.

Tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, insomma, si inclinò verso un approccio allo studio degli istituti penalistici che non era più rigorosamente esegetico-dogmatico secondo i riferimenti tradizionali, ma voleva porsi anche in chiave critica, affacciando ragioni politico-criminali per introdurre riforme o nell'interpretazione dei concetti o più direttamente nella legislazione di riferimento.

Da questa sensazione di scollamento tra realtà sociale e realtà normativa sorsero la necessità e il desiderio di aprirsi all'esterno, di conoscere soluzioni che potessero meglio adattare le norme al contesto che dovevano regolare.

Come è noto, i processualisti attinsero a fondo dall'esperienza di *common law*, che condizionò, anche se non senza qualche equivoco, le basi formative del codice di procedura del 1988, mentre gli studiosi del diritto penale sostanziale si aprirono a varie realtà.

Nel mio ricordo personale, il legame fra istanza di riforma codicistica

e apertura alla comparazione si manifestò per esempio allorché, alla fine degli anni Ottanta, il mio Maestro, Franco Bricola, allora membro della Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale (istituita dal ministro guardasigilli Giuliano Vassalli), essendo stato incaricato di occuparsi del settore delle cause di non punibilità (giustificanti e scusanti) mi chiese di redigergli un rapporto circa i più interessanti spunti comparatistici relativi appunto alle varie esimenti, e so che analogo compito affidò ad altri (allora) giovani ricercatori della sua scuola bolognese in relazione ad altre tematiche.

Come ben sappiamo, quella riforma codicistica non vide mai la luce perché non fu mai davvero appoggiata dal potere politico, tuttavia posso ricordare che nell'articolato che fu presentato al ministro vi era un art. 17 al cui interno si trovavano disposizioni in materia di stato di necessità che traevano spunto proprio dal confronto con esperienze straniere.

È più o meno da quel periodo che gran parte dei lavori monografici prodotti dalla dottrina italiana contengono capitoli nei quali vengono esaminati norme e istituti presenti in legislazioni straniere, e inoltre alcuni studi si occupano esclusivamente di analizzare esperienze giuridiche straniere, per non dire del fatto che venne avviata un'opera di sistematica traduzione in lingua italiana di codici penali europei e in qualche caso extraeuropei, in una meritoria collana dell'editore Cedam diretta da Sergio Vinciguerra[2].

Un ulteriore stimolo, al quale farò riferimento più specificamente in seguito, cominciò a venire in quegli anni dal processo di unificazione europea, che all'inizio lambiva solo in modo molto indiretto il diritto penale, ma poi interessò più da vicino almeno alcuni settori rilevanti per l'ambito penale.

Ho parlato fin qui di crescente interesse per la comparazione, di attenzione maggiore alle esperienze degli altri Paesi, ma lo sviluppo non fu certamente lineare.

3. *Quale statuto epistemologico per la comparazione penalistica?*

La ricerca di uno statuto epistemologico della comparazione penalistica era ed è questione complicata da molti punti di vista, come vedremo, e non era di troppo aiuto la visione delle modalità con cui altri trattavano il tema della comparazione.

Anzi, per alcuni aspetti questa visione era scoraggiante.

[2] *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Serie III: *Gli studi*.

In Germania, sulla curiosità intellettuale verso le esperienze straniere che indubbiamente animava alcuni studiosi di vaglia (penso in primo luogo a Hans-Heinrich Jescheck, fondatore e a lungo direttore dell'Istituto Max Planck di Diritto penale straniero e internazionale di Friburgo) tendeva a prevalere un approccio che potremmo definire con una piccola forzatura semantica come colonialistico, nel senso che il vettore della comparazione era essenzialmente dall'interno verso l'esterno, ovvero si puntava, non senza un notevole successo, ad esportare il modello dogmatico e le soluzioni normative tedesche in realtà sociopolitiche vicine e lontane (è il caso di alcuni dei Paesi che avevano fatto parte del blocco sovietico, ma anche di Paesi dell'estremo oriente asiatico).

Con un piccolo tocco di autoironia l'insigne penalista di Monaco Klaus Volk sosteneva che la dogmatica penalistica fosse uno dei migliori prodotti d'esportazione del suo Paese, insieme con la Volkswagen e la Siemens.

In Spagna, almeno nei due decenni successivi alla fine del franchismo, avveniva l'esatto contrario: i penalisti spagnoli, usciti da molti anni di isolamento culturale, trovarono nell'imitazione del modello tedesco, talvolta del tutto pedissequa, una forma di riallineamento alla cultura giuridica europea, sicché la comparazione, almeno nei primi decenni successivi al ritorno alla democrazia, produsse di fatto una acritica importazione di un modello straniero.

In Francia, l'interesse per la comparazione riguardava un nucleo circoscritto di studiosi e talvolta sembrava avere connotazioni più che altro tassonomiche, attraverso l'accumulazione di notizie circa il trattamento legislativo di un certo istituto o di un certo reato in un gran numero di Paesi, ma senza una effettiva elaborazione comparatistica.

Anche con il mondo di *common law*, i rapporti non erano facili, per l'evidente ragione che i modelli avevano presupposti culturali e istituzionali che apparivano molto distanti o addirittura incompatibili, pur se come vedremo tra poco si può dire che tale distanza, a ben vedere, fosse abbastanza sopravvalutata.

Chiusa questa premessa storica, bisogna dire che, nel momento in cui finalmente assume rilevanza anche nell'ambito penalistico, la comparazione giuridica necessita di veder fissati alcuni presupposti epistemologici che passano attraverso la chiarificazione di alcune distinzioni e, se possibile, l'eliminazione di alcuni errori di metodo.

Chiuderò poi il discorso menzionando alcuni fattori di impulso che rendono oggi ancora più attuale ed interessante il ricorso alla comparazione in ambito penale.

4. *Microcomparazione e macrocomparazione*

Dialogando fra studiosi che si occupano di comparazione in vari settori della scienza giuridica, emerge spesso la questione dell'alternativa tra microcomparazione e macrocomparazione, pur se declinata in termini non sempre identici.

Tra i comparatisti in senso stretto, sembra più diffusa una distinzione nel senso di ritenere microcomparazione quella che si riferisce al solo impianto delle norme giuridiche analizzate, e invece macrocomparazione quella che si riferisce al modo di raggruppare i sistemi e all'analisi della mutazione giuridica, mentre direi che tra gli studiosi di diritto positivo che si dedicano nei loro studi, nell'ambito penalistico, anche alla comparazione la prima designa lo studio relativo per esempio di una particolare fattispecie di reato confrontata con le omologhe fattispecie straniere guardando essenzialmente alla configurazione normativa oppure l'indagine su una categoria generale comparata solo in riferimento al dato di diritto positivo, mentre la seconda è quella che a tal fine tiene conto, fra l'altro, dei profili di diritto processuale, della cornice costituzionale o di presupposti extrapenali o anche extragiuridici (politici, sociologici) che sono in grado di condizionare quella fattispecie o quella categoria negli ordinamenti confrontati.

Fatta questa precisazione, va detto che sono più frequenti le indagini del primo tipo, anche se sarebbe raccomandabile incoraggiare maggiormente quelle del secondo, per una migliore comprensione dei fenomeni.

Le ragioni non sono difficili da spiegare.

Riguardo ai profili di natura processuale, si può dire che una norma, un concetto, un istituto della parte generale o della parte speciale del diritto penale risulterà appieno comprensibile, all'interno di un discorso comparatistico, solo quando si avranno le idee chiare su questioni come, di volta in volta, i poteri e i doveri del pubblico ministero e i suoi rapporti con il potere esecutivo, i limiti ordinamentali relativi all'acquisizione delle prove, l'estensione dei provvedimenti cautelari, l'esistenza di forma analoghe al patteggiamento del reato e della pena, l'esistenza di istituti sul modello della messa alla prova, e così via.

Occorrerà poi conoscere la cornice costituzionale di principi penali per sapere con esattezza quali sono le direttive interpretative di un istituto o di una norma, dato che di interpretazione teleologica costituzionalmente orientata vive ormai ogni sistema penale moderno fondato sullo stato di diritto.

Nei casi, ormai molto numerosi specialmente nei settori del diritto penale

dell'economia e dell'ambiente, ma non solo, di norme che sono strettamente connesse ad una disciplina extrapenale, il comparatista non può permettersi di non scavare a fondo per comprendere il senso di quelle connessioni.

Infine, non può non far parte dell'indagine comparata il contesto storico-culturale delle norme e degli istituti, perché senza sapere da dove viene una norma o un concetto o un istituto, quali esigenze è stata chiamata a soddisfare, non la si può ricondurre ad una corretta disamina comparatistica.

Altra questione controversa è se possano definirsi studi comparatistici quelli che si limitano a descrivere una situazione di diritto straniero, prescindendo da uno specifico confronto con l'omologa situazione italiana.

I comparatisti in senso stretto tendono a negarlo, essendo più interessati all'aspetto consistente nell'analisi dei modelli e nella costruzione dei sistemi, tuttavia, escluse le pure e semplici notizie di diritto straniero, credo sia opportuno ricordare che, a dispetto del grande e per certi aspetti proficuo sforzo di armonizzazione conseguente all'attività del legislatore europeo e delle corti sovranazionali, in molti settori fondamentali del diritto penale le scelte normative di Paesi anche relativamente omogenei sul piano degli ordinamenti istituzionali possono essere molto diverse, sicché già il lavoro consistente nel portare a conoscenza in modo approfondito complessi normativi stranieri e le loro applicazioni giurisprudenziali e dottrinali è molto difficile e meritorio, e rappresenta pertanto già un contributo significativo, nonché, ovviamente, la base irrinunciabile per confrontare gli assetti normativi.

Devo dire, in sostanza, che diffido molto di più di studi sistematici che vogliono definirsi comparatistici, ma che prescindono da una adeguata ed approfondita conoscenza e analisi delle norme che integrano il sistema.

5. *La comparazione e le sue finalità*

Occorre poi dedicare un breve spazio al tema degli scopi della comparazione.

Perché si compara? Curiosità intellettuale, necessità di fare bella figura in sede concorsuale, tensione verso la impostazione per modelli della scienza giuridica, importare soluzioni legislative o dogmatiche utili a risolvere problemi della disciplina giuridica interna o conoscerle per poter criticare tale disciplina, creare le basi per una armonizzazione a livello sovranazionale?

In realtà, nessuno di questi fattori è escluso a *priori*, anche se mi pare di poter dire che lo slancio principale che ha avuto da noi lo studio comparatistico, in ambito penale, è stato determinato dall'esigenza spesso avvertita di fondare prospettive di riforma.

Si è andati insomma alla ricerca di una comparazione utile, funzionale a un obiettivo, e non mero esercizio intellettuale.

6. *L'individuazione dei modelli di riferimento*

Infine, per quanto concerne l'inquadramento di fondo dei nostri studi comparatistici, vale la pena soffermarsi sulla loro direzione.

Si può dire che quando all'incirca negli anni Settanta del XX secolo si è cominciata seriamente a intensificare l'attività degli studi comparatistici nell'ambito del diritto penale, il referente privilegiato era l'esperienza della Repubblica federale tedesca, presso la quale, con qualche eccezione, la gran parte degli studiosi della mia generazione (la prima o quasi ad occuparsene in modo intensivo) che hanno avviato studi comparati ha effettuati più o meno lunghi soggiorni di studio, soprattutto a Friburgo, Monaco e Francoforte.

Le eccezioni furono costituite da qualche collega che si era recato o in Francia o in Paesi di *common law*, come Regno Unito e USA.

Le ragioni sono plurime: la prima indubbiamente era la forza di quel modello, accompagnata da una grande tendenza ad esportarlo, non solo in Europa ma anche fuori, erogando molte borse di studio per stranieri; ma la sua forza era anche intrinseca, ed era data da una grande ed affascinante coerenza dogmatica, da robuste basi filosofiche e tutto sommato anche da una certa importabilità di varie soluzioni normative e dogmatiche nel nostro ordinamento (un esempio significativo in tema di teoria della colpevolezza), ad onta della ritrosia di alcuni studiosi che raccomandavano grande cautela nel trasferire da noi i risultati di quell'esperienza, che pure appariva avere successo in patria.

Un'altra ragione è di tipo negativo: vi era cioè una scarsa attrazione verso lo studio dei sistemi di *common law* perché giudicati in larga misura incompatibili con il nostro, e dunque il frutto che se ne poteva ricavare era al più la soddisfazione di una curiosità intellettuale, ma non una qualche utile indicazione di natura pratica.

Inutile dire che se questo valeva per il confronto con Paesi come Regno Unito e USA, a maggior ragione determinava un limitatissimo interesse per

esperienze come per esempio quelle asiatiche o africane, oggetto al più di studi etnografici.

Quanto agli altri Paesi europeo-continentali, in quel momento la gran parte di essi era fortemente influenzata dalla dogmatica tedesca e nei confronti dei Paesi socialisti forse non vi era grande interesse in ragione dell'avvio della loro crisi, che sarebbe sfociata di lì a poco nella fine della guerra fredda.

Successivamente le cose sono un po' cambiate.

Oggi il campo degli interessi è molto più esteso, soprattutto verso il mondo di *common law*, anche in ragione del notevole avvicinamento che si è prodotto con quello di *civil law*, sia sul piano culturale, che su quello strettamente normativo.

Questo fenomeno mostra i suoi segni più evidenti da un lato nel forte processo di statutorizzazione che ha caratterizzato da ultimo anche le realtà più conservatrici del mondo di *common law*, come il Regno Unito, riducendo quasi a una sorta di riserva indiana le parti del diritto penale non regolate legislativamente, dall'altro nell'acquisizione, da parte della scienza giuridica del mondo di *civil law*, della consapevolezza del ruolo della giurisprudenza come qualcosa di diverso da una mera bocca della legge.

Inoltre, negli anni recenti vi sono forti scambi con la Spagna (per i molti presupposti comuni delle due esperienze) ed anche con il mondo latino americano (specie grazie agli studi relativi alla *transitional justice* e alla grande attenzione verso l'Italia di studiosi argentini, brasiliani e cileni), nonché aperture significative verso la Cina[3].

7. *I nuovi fattori di impulso alla comparazione*

Tra i fattori che hanno fortemente alimentato gli studi comparatistici, vi è senza dubbio il processo di unificazione europea, che vi ha attratto anche molti di coloro che in precedenza non vi avevano dedicato particolare attenzione.

La ricerca di un fondamento comune ad una possibile legislazione penale europea (quanto meno a livello settoriale, vedi il caso della tutela degli interessi finanziari dell'Unione) ha indotto ricerche volte a conoscere le legislazioni dei Paesi membri e ad individuare le opportunità di armonizzazione (anche in relazioni ai profili processuali) sia delle categorie di parte generale (tentativo, concorso di persone, per esempio), sia delle

[3] Segnalo per esempio l'osservatorio sul diritto penale cinese nella rivista *Diritto penale XXI secolo*.

fattispecie incriminatrici interessate; e d'altro canto, in alcuni settori vi sono recenti riforme in qualche modo dettate dall'Unione (al fine di un contrasto comune e quindi più efficace a determinati fenomeni criminali) e che sono frutto di un adeguamento comparatistico fra vari sistemi.

Bisogna però dire che se indubbiamente ha avuto un ruolo incentivante il processo di unificazione europea, ciò vale almeno allo stesso modo per l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

L'esperienza di quest'ultima ha influenzato in modo particolare lo sviluppo di studi volti a porre a confronto i meccanismi posti a tutela della legalità e in particolare della certezza del diritto, con particolare enfatizzazione del ruolo della giurisprudenza come delineato in teoria e nella prassi nei sistemi di *common law* e di *civil law*; è sorta in tal modo la consapevolezza di una distanza tra i due modelli molto minore di quanto si era tradizionalmente ritenuto e in questo ambito ha certamente avuto un significato importante il fatto che alcune delle più importanti sentenze della CEDU che hanno inciso a questo riguardo sono state occasionate da vicende giudiziarie concernenti l'Italia (Contrada, De Tommaso).

Un esempio importante e paradigmatico di questa esperienza di studi è la rinnovata riflessione in tema di principio di irretroattività, con particolare riguardo all'efficacia nel tempo delle nuove interpretazioni giurisprudenziali di norme che restano peraltro invariate.

Non è un caso che qualche autore abbia parlato di un inizio di common law-izzazione del nostro diritto penale, anche se non bisogna ignorare il fatto che per esempio nell'esperienza inglese, come già anticipato poc'anzi, hanno avuto e stanno avendo influssi sempre maggiori elementi tratti dal modello continentale, come dimostra la sempre maggiore presenza, anche nel Regno Unito, il Paese più tradizionalista, di norme penali statutorizzate con sostanziale marginalizzazione del vecchio diritto penale di *common law*.

Infine, voglio rimarcare come un impulso alla comparazione sia stato dato anche dall'evoluzione del diritto penale internazionale, specie in relazione alla redazione e all'interpretazione dello Statuto di Roma[4], dove in più si pone la questione del ruolo della lingua nella comparazione, dato che si tratta di un testo plurilingue.

È noto che le norme dello Statuto sono state in molti casi il frutto di un'intensa opera di armonizzazione fra le disposizioni contenute in varie legislazioni, dunque la loro corretta interpretazione, anche per stessa ammissione delle disposizioni generali in esso contenute, passa necessariamente attraverso un adeguato studio comparato delle discipline

[4] *Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, concluso a Roma il 17 luglio 1998.

esistenti, a cui è chiamata la Corte ma anche gli studiosi che svolgono ricerche in questa complessa disciplina (paradigmatico in questo senso è l'art. 21 I c, il quale prevede che, in mancanza di altre normative applicabili, si debba fare applicazione dei principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti).

8. *A mo' di conclusione*

Insomma, credo che si possa concludere che in diritto penale la comparazione non sia più un esercizio interessante o utile, ma sia divenuta un esercizio necessario, che non può essere ignorato a livello di formazione di studenti e dottorandi, a livello di attività dottrinale ed anche a livello di formazione degli attori del processo penale, per l'ottima ragione che, se è vero che le norme giuridiche e la loro interpretazione seguono l'evoluzione del mondo che devono regolare, oggi quel mondo è globalizzato e vive di interrelazioni che mettono in crisi l'idea tradizionale per cui il diritto penale è l'ultimo orgoglioso avamposto della sovranità nazionale.

Questo potrà piacere o no, ma appartiene alla categoria dei dati di fatto, sicché il penalista del XXI secolo, quale che sia il suo ruolo, può comprendere adeguatamente l'oggetto della sua attività scientifica o professionale solo nel momento in cui è consapevole del contesto di riferimento che una comparazione metodologicamente ben costruita è in grado di offrirgli.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

Da tempo la comparazione non è l'occupazione esclusiva dei cultori del diritto comparato: vi ricorrono oramai tutti i cultori del diritto positivo. Ai giuscomparatisti spetta allora lo studio dei fondamenti della disciplina e dunque la riflessione sugli oggetti, gli scopi e il metodo della comparazione. Questo si deve però realizzare in dialogo con i cultori del diritto positivo, le cui ricerche costituiscono un punto di riferimento fondamentale, indispensabile a verificare e sviluppare i fondamenti della disciplina. Il volume discute le possibilità e l'agenda di una simile collaborazione e a tal fine raccoglie il punto di vista di cultori del diritto positivo particolarmente sensibili all'utilizzo della comparazione.

Alessandro Somma
Già ricercatore del *Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* di Frankfurt am Main, è professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Roma La Sapienza. È borsista della *Alexander-von-Humboldt-Stiftung*, membro dell'*Académie Internationale de Droit Comparé* e del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana di diritto comparato. Tra le sue pubblicazioni: *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale* (Derive Approdi 2018), *Introduzione al diritto comparato* 2. ed. (Giappichelli 2019), *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021).

Vincenzo Zeno-Zencovich
Dal 1990 professore di diritto comparato nelle Università di Sassari e Cagliari e dal 1999 in quella di Roma Tre. È presidente, dal 2013, della Associazione Italiana di Diritto Comparato (Aidc) ed autore o curatore di una quarantina di volumi fra cui, con G. Alpa, *Italian Private Law* (Routledge 2007), con G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia e A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi* (4. ed. Laterza 2012), *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, (2. ed. Roma Tre Press 2019).

Roma TrE-Press
2021