

## CAPITOLO PRIMO

# LA COMPARAZIONE GIURIDICA

### Sezione I – OGGETTO E SCOPO DELLA COMPARAZIONE

SOMMARIO: 1. Oggetto della comparazione. – 2. La comparazione nella formazione del giurista.

#### 1. *Oggetto della comparazione.*

I veicoli a motore devono circolare sulla destra a Milano, a S. Pietroburgo e a Boston, e devono circolare sulla sinistra a Manchester. A Damasco – ma non a Berlino – l'uomo può avere più mogli contemporaneamente. In Turchia il Capo dello Stato è un presidente elettivo, in Svezia il Capo dello Stato è un re, tale per diritto dinastico.

Come si vede, le regole giuridiche non sono identiche ovunque. Da sempre, cioè da quando il diritto ha attirato l'attenzione degli osservatori, questi ultimi hanno constatato – con disappunto, o con curiosità – che le soluzioni giuridiche variano da un luogo all'altro, o da un gruppo umano all'altro.

L'analisi delle differenze tra le tante soluzioni forma oggetto di una scienza, ossia di un sapere criticamente vagliato. Questa scienza si è sviluppata solo quando sono maturate alcune circostanze favorevoli. Fino ad una certa epoca, infatti, il giurista studiava un modello giuridico dato, da lui stesso giudicato come ottimo (come l'unico ottimo, ad esempio, perché suggerito o garantito da Dio); così avveniva, nel continente europeo, con il diritto comune, e così avviene, nel mondo islamico, con la *šarī'a*; e questa premessa non consigliava di sospingere la propria attenzione su altri modelli, sebbene si sapesse che essi esistevano. Solo con il xx secolo si è preso a riconoscere che i vari sistemi positivi sono essenzialmente diversi e tuttavia pienamente legittimi, e allora è sorto l'interesse a constatarne e misurarne le affinità e le divergenze. Ammesso che tutti gli ordinamenti potevano essere studiati comparativamente, a distanza di tempo (con la metà del xx secolo) anche ordinamenti molto diversi da quelli europei (o derivati da questi ultimi) entrarono nello scibile del comparatista.

In un primo tempo, la comparazione considerò come proprio scopo quello di «ricavare dall'insieme delle istituzioni particolari una base comune, o quanto meno punti di contatto capaci di mettere in luce l'unità fondamentale della vita giuridica universale»<sup>1</sup>.

Ma questa visione è da respingere, perché pone alla comparazione e ai suoi fini limitazioni non giustificate. La comparazione porta la sua attenzione sulle regole appartenenti ai vari sistemi giuridici per stabilire in quale misura esse coincidano e in quale misura esse differiscano. Questa analisi finirà poi per consentire una migliore conoscenza dei modelli studiati comparativamente<sup>2</sup>.

Chi scambiava la comparazione con la dimostrazione dell'unità di tutte le esperienze giuridiche, se era posto di fronte a soluzioni molto diverse fra loro, proclamava che esse non erano comparabili. Fino al 1920 si proclamava che il diritto angloamericano non poteva compararsi con quello europeo continentale. Almeno fino al 1960, si proclamava che il diritto dei paesi socialisti non potesse compararsi con quello dei paesi "borghesi". Ancora oggi, molti comparatisti sono istintivamente diffidenti, se si propone loro di accostare il sistema di una cultura senza scrittura (ad esempio, un sistema africano tradizionale) a un sistema europeo o americano, in cui il diritto è espresso in larga misura mediante la scrittura.

Questi atteggiamenti devono essere respinti. La comparazione dispone degli strumenti che occorrono per analizzare e mettere a confronto ogni e qualsiasi sistema, e per misurare ogni e qualsiasi differenza, grande o piccola che essa sia.

Un'analisi condotta con raffinatezza obbietta che il pensiero giuridico varia da una cultura all'altra, e manca lo strumento per far comunicare le diverse culture<sup>3</sup>. Ma le scienze cognitive non appoggiano la tesi<sup>4</sup>.

## 2. La comparazione nella formazione del giurista.

I grandi insegnamenti giuridici fioriscono quando le scuole parlano ad un livello più elevato della regola giuridica immediatamente applicabile. Il primo pericolo da cui guardarsi è il rischio di un insegnamento troppo positivo, come tale territoriale e casistico, poco aperto alla problematica ed esposto ad una rapida obsolescenza. L'insegnamento valido è quello problematico, volto a insegnare non tanto una soluzione quanto un modo di ragionare, capace di guardare al diritto da un punto di osservazione elevato, aperto alle esigenze culturali e professionali del discente.

Da quando la comparazione viene praticata, essa costituisce uno strumento formidabile nella formazione del giurista.

<sup>1</sup> Si veda la proclamazione di R. SALEILLES in *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bull. de la société de lég. comparée*, 1890, p. 383 (la frase fu pronunciata al 1° congresso della Société de législation comparée). Si vedano altre citazioni in SACCO-P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*<sup>7</sup>, Torino, 2019, p. 5.

<sup>2</sup> Anche la linguistica, l'antropologia culturale e altre scienze ricorrono alla comparazione per ottenere una migliore conoscenza dei dati che studiano.

<sup>3</sup> È la tesi di LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, in *Int'l and Comp. Law Q.* 1996, pp. 52 ss. e opere successive.

<sup>4</sup> CATERINA, *Comparative Law and the Cognitive Revolution*, in *Tulane Law Rev.*, 78, 2004, pp. 1501 ss.

Testimonianze in questo senso si sono moltiplicate – in sede internazionale e nazionale – dalla metà del XX secolo in poi; in Italia, le facoltà si sono mostrate aperte a questa impostazione.

Lo studio della comparazione offre al discente un potente strumento epistemologico perché lo aiuta a scoprire le discontinuità che sussistono fra regola e definizione, fra enunciato e applicazione (su ciò oltre, sez. II.), e a evidenziare i dati profondi e relativamente costanti proprii di ogni ordinamento (ossia, i caratteri generali del sistema preso in esame: su ciò oltre, sez. IV.).

In secondo luogo, la comparazione permette di affrontare con competenza la ricerca del modello giuridico migliore: la dimensione politologica della ricerca giuridica ne esce irrobustita.

Infine, la comparazione insegna a capire il diritto degli altri paesi, a vantaggio di chi darà assistenza professionale (come avvocato o giurista d'azienda) all'operatore economico attivo attraverso le frontiere.

## Sezione II – IL METODO<sup>5</sup>

SOMMARIO: 1. Varietà dei formanti dell'ordinamento. – 2. I singoli formanti. – 3. I crittopi.

### 1. Varietà dei formanti dell'ordinamento.

In modo istintivo e poco critico, noi possiamo dire che chi compara mette a confronto norme giuridiche appartenenti a sistemi diversi. Ma cosa intendiamo per norma giuridica di quel dato sistema? Se gli interpreti appartenenti a quel dato sistema si contraddicono, a quale di essi crederemo? Può il comparatista farsi una convinzione sua propria, diversa da quella degli interpreti locali? Può scegliere una interpretazione fra le molte proposte dagli interpreti locali?

Il comparatista, in quanto tale, non formula interpretazioni sue proprie (tutt'al più, constata che sarebbe possibile formulare interpretazioni diverse da quelle dei giuristi del sistema considerato). Né serve a nulla ch'egli scelga fra le varie ricostruzioni del diritto, operate dai giuristi legati a quel sistema. Se coesistono più interpretazioni, egli non deve rifiutarne nessuna, e deve inventariarle tutte, poiché tutte

<sup>5</sup> Sul tema trattato in questa sezione, si vedano SACCO e P. ROSSI, *Introduzione*, cit., pp. 55 ss.; SACCO (cur.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*, Roma, 2010; PEGORARO e RINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013; DI MICCO, *La comparaison parmi les pièges de ce qui semble évident. Cinq simplismes du droit au temps présent*, in *Revue int. dr. Comp.*, 2020, 665 ss.; BUSSANI, *How to Do Comparative Law: Some Lessons to Be Learned*, in Dedek et al., *Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, Cambridge, 2021, pp. 29 ss. SCARCIGLIA, *Metodo e comparazione giuridica*<sup>3</sup>, Milano, 2021; AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022; SIEMS e YAP (cur.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, 2024, contiene dieci voci sul metodo nel diritto comparato, che spaziano dai metodi tradizionali alle tecniche di *machine learning*. Sui problemi di misurazione nel diritto si consultano i contributi di ALVIAR, CASSESE e CASINI, COZZIO e BENACCHIO, DENOZZA, GAMBARO, GRAZIADEI, PAPA, ULEN, raccolti nell'*Annuario di diritto comparato e studi legislativi* del 2008. Per l'approfondimento, in relazione all'uso degli indicatori nella comparazione (e come strumenti di governo): INFANTINO, *Numera et impera: gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019; INFANTINO e BUSSANI, *Rule by Metrics: Performance, Quantification, and the Law*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2023, pp. 187 ss.

costituiscono dati veri e reali, afferenti a quel sistema giuridico ch'egli si propone di conoscere. Ciò che diciamo per le varie interpretazioni vale anche per le diverse formulazioni presenti nel sistema.

Si prenda come esempio la coppia di norme recitate dagli articoli 832 e 534, 2° co., del codice civile italiano del 1942: a) solo il proprietario può disporre del bene che gli appartiene; b) l'erede apparente dispone efficacemente del bene ereditario. La norma derogatoria riportata alla lettera b) corrisponde, in Italia, alla formulazione legale e al risultato dell'interpretazione (dottorale e giudiziaria). In Belgio la deroga non figura nella legislazione, né nell'interpretazione. In Francia, essa non figura nella legislazione, ma figura, indiscussa, nell'interpretazione. Di fronte a questa situazione, diremo che il diritto italiano differisce dal diritto belga (perché le soluzioni sono comunque opposte), diremo che il diritto italiano differisce dal diritto francese (perché i testi legali sono diversi) e diremo che il diritto francese differisce dal diritto belga (perché la regola enunciata e applicata dagli interpreti differisce nei due paesi). Ne segue che al comparatista interessa tanto la formulazione legale, dotata di un suo significato letterale, quanto la regola estratta e formulata dagli interpreti. Se, come avviene in Francia in tema di erede apparente, le proposizioni giuridiche divergono, il comparatista ne prende atto, e constata che il sistema francese contempla, in materia, due proposizioni disomogenee (di cui l'una – quella legale – potrebbe, in qualsiasi momento futuro, riprendere il sopravvento sull'altra).

Il comparatista distinguerà allora, nel sistema francese, una norma legale e una non legale. L'una e l'altra appartengono ad un solo ordinamento giuridico, ma fanno parte di due insiemi distinti, e ognuno di questi insiemi costituisce uno speciale formante dell'ordinamento.

I sistemi giuridici moderni constano di un grande numero di formanti. In ognuno di essi si distinguono più formanti legali – uno a livello costituzionale, altri a livello di norma ordinaria, legale, regolamentare, ecc. –, alcuni formanti giudiziari, alcuni formanti dottorali. Alcuni formanti possono apparire non necessari alla funzione del diritto – dichiarazioni di scienza, proclamazioni relative agli scopi della legge, ossia agli effetti sperati dal legislatore, definizioni politologiche, ecc. –.

Il comparatista non può considerare uguali le soluzioni giuridiche appartenenti a due diversi sistemi, quando uno dei formanti (anche uno solo di essi) si presenti diversificato. La comparazione non può dunque fare a meno di analisi giuridiche che procedano distinguendo, ossia dissociando, i vari formanti. Questo procedimento consentirà anche di misurare le distanze intercorrenti fra un formante e l'altro. La comparazione offre precisamente questo apporto alla conoscenza del singolo sistema di cui si occupa. La misurazione di queste distanze consente di valutare se il sistema in esame è più compatto o più diffuso: se, cioè, lo scarto fra i vari formanti è più limitato o più ampio.

Si noti che la percezione di questi scarti trova poco disponibile il giurista appartenente al sistema che viene esaminato. Chi si muove all'interno di un ordinamento è indotto a pensare che le proposizioni giuridiche situate nei diversi formanti non possano contraddirsi l'una con l'altra. La comparazione aiuta a superare queste illusioni ottiche.

## 2. I singoli formanti.

Anche un esame superficiale di un sistema giuridico moderno suggerisce di distinguere un formante legislativo, un formante dottrinale (o dottorale) e un formante giurisprudenziale<sup>6</sup>. Ma un'analisi più attenta obbliga a distinzioni ulteriori.

Nella sentenza noi possiamo distinguere la regola effettivamente (e talora silenziosamente) praticata dal giudice e la regola di diritto (la c.d. *massima*) che il giudice enuncia per motivare la sua decisione<sup>7</sup>.

Ogni proposizione giuridica può presentarsi assistita da una argomentazione (che costituisce anch'essa una proposizione giuridica, inidonea a decidere di per sé sola una questione giuridica). Così, ad esempio, la frase «chi detiene e intende essere usufruttuario è possessore» è preceduta, logicamente, dalla proposizione «l'usufrutto è un diritto reale». Nell'esempio fatto «l'usufrutto è un diritto reale» è una argomentazione<sup>8</sup>. Anche le argomentazioni sono formanti dell'ordinamento in cui sono inserite.

Nell'ordinamento troviamo dichiarazioni non precettive, che possiamo chiamare declamazioni (così, ad esempio, l'affermazione che il dovere di difendere la Patria è sacro, contenuta nell'art. 52 della costituzione italiana del 1947). Le proposizioni di tipo declamatorio sono spesso collegate ad un'ideologia.

Un formante importantissimo di molti ordinamenti è la legittimazione – o giustificazione – invocata a favore delle norme appartenenti al dato sistema<sup>9</sup>. Così, ad esempio, la *šarī'a* e il diritto ebraico sono legittimati dalla volontà rivelata di Dio. La norma giuridica è un precetto, ma la legittimazione che la sostiene deve formularsi come una teoria, una verità; ciò implicherà che, all'interno dell'ordinamento, un qualche soggetto abbia il potere di definire e affermare la verità (questa situazione è ben visibile nell'ambito della *šarī'a* e degli ordinamenti socialisti storici, di cui si parlerà più avanti).

I vari formanti di un ordinamento tendono (ovviamente!) a influenzarsi. In un dato ordinamento, la proposizione dottorale influirà sulla massima giudiziaria. In un altro ordinamento, avverrà l'opposto.

Si noti ora che la dicotomia più importante in tema di formanti è quella che distingue le regole operazionali che costituiscono – esse stesse – altrettanti criteri di decisione, e le proposizioni elaborate per pensare mediante concetti, enunciare, recitare e comunicare la norma stessa. È una regola, ad esempio, il criterio in base al quale il giudice decide. È una definizione la massima enunciata dal giudice.

Le contraddizioni fra regole ed enunciazioni si colmano ricorrendo a finzioni, a presunzioni assolute, e a definizioni accomodanti, volte ad affermare l'identità di

<sup>6</sup> Sulla teoria dei formanti quale contributo essenziale di SACCO alla metodologia della comparazione: GAMBARO e GRAZIADEI, *Legal Formants*, in SMITS et al. (cur.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*<sup>2</sup>, Cheltenham, 2023, pp. 452 ss.; GARDELLA TEDESCHI, *Legal Formants*, in MARCIANO e RAMELLO (cur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York, 2019, pp. 1269 ss.

<sup>7</sup> Per l'illustrazione di un caso limite, SACCO, *La massima mentitoria*, in AA.VV., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988 (atti del Convegno tenuto a Genova nei giorni 11, 12, 13 marzo 1988).

<sup>8</sup> L'esempio vale per diritto italiano, perché il codice civile it. del 1942 con l'art. 1140 considera possessore solo chi svolge un'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale.

<sup>9</sup> Su questo formante SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, pp. 129-155.

due fatti disomologhi (ad esempio, la nozione “dichiarazione tacita” implica l’equazione: silenzio = dichiarazione).

Gli enunciati, le formulazioni, i concetti appartenenti ad ordinamenti molto dissimili l’uno dall’altro tendono a divaricarsi tanto più quanto più sono generali. Viceversa, le regole applicative e le soluzioni pratiche tendono ad una maggiore compatibilità.

Taluni concetti molto generali possono essere presenti in alcuni sistemi, e non avere un corrispondente in sistemi diversi. Così la categoria del diritto soggettivo non aveva un omologo nelle concezioni asiatiche del diritto non ancora influenzate dal modello occidentale.

La stessa categoria generale del diritto (in senso oggettivo) – quale si intende nel modello occidentale – non ha un omologo nelle altre concezioni. Il sistema fiorito nella cultura islamica mette al centro della scena la *šari’a*, regola giuridica rivelata, impropriamente definita “diritto islamico”; e la tiene separata dalla regola imposta dallo Stato (*siyāsa*). La visione indiana tradizionale non unisce in un contenitore unico il *dharma*, norma coordinata con la sapienza delle cose invisibili, la consuetudine popolare laica e il precetto principesco. La concezione cinese non confonde il *li*, suggerito dai sapienti che sono imbevuti di filosofia, il *fa*, norma imposta dall’auto-rità, e la consuetudine laica e popolare.

### 3. I crittotipi.

Alcuni formanti del diritto nascono già verbalizzati, ossia enunziati mediante parole (ad esempio, la definizione dottorale nasce verbalizzata); ma altri non vengono espressi. Questi modelli impliciti, la cui importanza è immensa, possono dirsi crittotipici o inferenziali.

Anche fuori del campo del diritto, l’uomo pratica di continuo regole che non saprebbe formulare bene. Chi saprebbe indicare bene con quanta forza appoggia il piede sul gradino per salire e scendere le scale?

La metascienza parla con padronanza, oramai, della opposizione fra {venire governati da certe regole} e {conoscere quelle regole}<sup>10</sup>.

Nel campo del diritto, quando noi, comparando, troviamo che leggi identiche, in vigore in due aree diverse, danno luogo a soluzioni applicative diverse, e troviamo che soluzioni applicative identiche sono prodotte da leggi diverse, o convivono con definizioni dottorali diverse, siamo costretti a concludere che oltre alla legge influisce sulla soluzione, in almeno una delle aree considerate, un ulteriore criterio di decisione non verbalizzato, ossia crittotipico<sup>11</sup>.

La scoperta di un crittotipo a mezzo della comparazione sarà facilitata quando – come spesso avviene – una nozione implicita in un sistema è esplicita in un altro.

<sup>10</sup> Ha legato il suo nome a queste riflessioni il grande epistemologo von Hayek; di lui si vedano, ad esempio, *Regole, percezione e intelligibilità*, in *Controcorrente*, 1973, n. 2, p. 29 (tr. da *Rules, Perception and Intelligibility*, in *Proceedings of the British Academy*, XLVIII, 1962); e *Law Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order*, Chicago, 1973.

<sup>11</sup> Sul tema, Sacco, *Il diritto muto*, Bologna, 2015.

Le regole non verbalizzate hanno un'importanza centrale nel diritto. Esse vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi a quella successiva, così come vengono trasmesse e custodite le regole di una società tradizionale (cenni oltre). Il portatore della regola non verbalizzata suole trovarla “ovvia”, e non trova facile liberarsene nel corso del ragionamento giuridico. L'insieme dei crittotipi che dominano in un dato ambiente incide in modo rilevante sulla “mentalità” dell'ambiente in questione. Le asimmetrie tra i bagagli di crittotipi che dominano in ambienti diversi rappresentano il principale ostacolo ad una felice mutua comprensione fra i giuristi di provenienza territoriale diversa<sup>12</sup>.

### Sezione III – I PROBLEMI DI LINGUA

SOMMARIO: 1. Lingue e sistemi giuridici. – 2. La traduzione. – 3. Il comparatista e la traduzione.

#### 1. Lingue e sistemi giuridici.

Il comparatista, così come il cultore di qualsiasi scienza, pensa ed esprime poi il proprio pensiero in una determinata lingua positiva<sup>13</sup>. Normalmente, poiché egli si occupa di più sistemi, alcuni di questi sistemi saranno stati verbalizzati, illustrati e analizzati in una lingua che non è quella del ricercatore, né quella in cui il ricercatore descrive i risultati della comparazione svolta.

Talora un sistema utilizza nozioni e parole che, non avendo riscontro nel diritto di un paese diverso, non hanno riscontro nei concetti noti ai giuristi di questo paese, né

<sup>12</sup> E ciò spiega la presenza di conclusioni come quelle di LEGRAND, si veda retro la nota 3.

<sup>13</sup> Sui problemi di traduzione, si vedano BEAUPRÉ, *Construing Bilingual Legislation in Canada*, Toronto, 1981; SACCO, *Les problèmes de traduction juridique*, in *Rapports nationaux italiens au XIIe Congrès international de droit comparé*, Sidney, 1986; Milano, 1986, (rist. in *Comparative law and language*, 2022, n. 1.1); KITAMURA, DE GROOT, HERBOTS, SACCO, *La traduction juridique*, in *Les cahiers du droit*, XXVIII, 1987, pp. 773 ss.; DIDIER, *Langues et langues du droit*, Montréal, 1990; SACCO, *Legal Formants*, inst. II, in *Amer. Journ. Comp. Law*, 1992, n. 2, pp. 342 ss.; SNOW e VANDERLINDEN (cur.), *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, 1995; ŠARČEVIĆ, *New approach to legal translation*, The Hague-London-Boston, 1997; DE GROOT e SCHULZE (cur.), *Recht und Übersetzen*, Baden-Baden, 1999; SACCO, *Traduzione giuridica*, in *Digesto, sez. civile*, 2000; ŠARČEVIĆ (ed.), *Legal Translation, Preparation for Accession to the European Union*, Rijeka, 2001; MATTILA, *Comparative Legal Linguistic*, Ashgate, 2013; GEMAR e KASIRER, *Jurilinguistique: entre langues et droits*, Bruxelles et Montréal, 2005; Pozzo e JACOMETTI (cur.), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Deventer, 2006; Pozzo e TIMOTEO (cur.), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008; IORIATTI (cur.), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008; FERRERI (cur.), *Falsi amici e trappole linguistiche*, Torino, 2010; CORNU e MOREAU (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Parigi, 2011; Pozzo, *Traduzione giuridica, Digesto, sez. civile, Aggiornamento VIII*, 2013, pp. 706 ss.; Pozzo (cur.), *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, Milano, 2014; Pozzo e GRAZIADEI (cur.), *Categorie e terminologie giuridiche nella prospettiva della comparazione*, Milano, 2015; GROSSWALD CURRAN, *Diritto comparato e lingua*, in *Ann. dir. comp.*, 2016, pp. 357 ss.; VISCONTI (cur.), *Handbook of Communication in the Legal Sphere*, Mouton, 2018; FERRERI, *Falsi amici nelle corti: leggere le sentenze di common law evitando le trappole linguistiche*, Torino, 2019; MAZZARESE, *Legal Translation. A Survey of Traditional Problems and New Challenges* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, pp. 125 ss.; BASSANO e MASTOR (cur.), *Justement traduire: Les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)*, Toulouse, 2020. MONJEAN-DECAUDIN, *Traité de juritraductologie: épistémologie et méthodologie de la traduction juridique*, Villeneuve d'Ascq, 2022, BIEL, KOCKAERT (cur.), *Handbook of Terminology, vol. 3 Legal Terminology*, Amsterdam, 2023; Pozzo, *Rodolfo Sacco and the Multiple Relations Between Law and Language*, in *Int J. Semiotics of Law*, 2024, pp. 1 ss.

nella terminologia presente nella loro lingua. Questa circostanza è notissima anche ai non specialisti, perché categorie proprie del diritto inglese e americano – equity, equitable interest, revolving fund, estoppel, ecc. – non hanno corrispondente nel diritto europeo continentale, e perché tradizionalmente alcune istituzioni straniere, ad esempio lo zar, il soviet, il tenno, lo shogun vengono chiamate da chi parla una lingua diversa dal russo e dal giapponese con il vocabolo tratto dalla lingua d'origine, sebbene nella lingua di riferimento non manchi l'espressione che può corrispondere al concetto (in italiano, imperatore, consiglio, ministro).

Per affrontare i problemi che tutto ciò pone, bisognerà tener presente che il vocabolo giuridico appartiene contemporaneamente sia ad un sistema linguistico sia ad un sistema giuridico che si esprime con parole sue proprie.

Tenendo presente questo dato, possiamo comprendere come paesi che parlano la stessa lingua possano avere vocaboli giuridici differenti. Così, ad esempio, il francese e l'italiano utilizzati per verbalizzare il diritto svizzero usano il termine possession, possesso per indicare il potere di fatto sulla cosa scompagnato dall'intento di considerarsi proprietario, mentre in Francia e in Italia questo potere viene chiamato, per lo più, détention e detenzione.

Può avvenire che il vocabolario di un dato paese si modelli in modo da poter agevolmente indicare i concetti elaborati per descrivere un sistema giuridico affine a quello del paese indicato. Data la premessa, può anche avvenire che in uno stesso paese si succedano nel tempo, l'una all'altra, due distinte rielaborazioni linguistiche ispirate a due diversi sistemi. Ciò è avvenuto in Italia, dove la lingua giuridica fu resa perfettamente interscambiabile con la lingua giuridica francese durante il XIX secolo, e fu resa interscambiabile con la lingua giuridica tedesca all'inizio del XX secolo (vocaboli come nullità, annullamento, hanno finito per acquistare significati divergenti nelle due diverse fasi storiche).

## 2. La traduzione.

Le differenze fra le norme giuridiche dei diversi sistemi creano specifiche difficoltà di traduzione.

La traduzione è necessaria al giurista. Trattati internazionali possono essere conclusi nelle molteplici e diverse lingue delle parti contraenti. La trasmissione del sapere giuridico può giovare di elaborazioni compiute da giuristi di altre lingue. Soprattutto, un unico diritto uniforme applicabile in aree linguistiche multiple o leggi adottate in paesi diversi con la volontà che siano uniformi implicano coredazioni in lingue multiple, o traduzioni di un modello originale monolinguisco.

L'importanza della traduzione, e il peso dei problemi che la affliggono, hanno fatto nascere una letteratura. In modo speciale, l'attenzione dello studioso si è rivolta ai problemi presenti nella creazione del diritto uniforme dell'Unione Europea<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Oltre alla bibliografia generale citata nella nota precedente, si vedano: AJANI and EBERS (cur.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden, 2005; POZZO e JACOMETTI (cur.), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Alphen aan den Rijn, 2006; IORIATTI FERRARI (cur.), *La traduzione del diritto comunitario*

Un nuovo ramo del sapere è sbocciato. Viene chiamato traduttologia. Dal confronto dei significati si passa al confronto dei concetti, e ciò chiama in causa temi propri dell'ontologia applicata e del cognitivismo.

Pare di dover pensare che la traduttologia sia destinata ad un ruolo importantissimo nel progresso della scienza giuridica.

I problemi di cui parliamo hanno varia origine.

La parola francese *contrat* fa pensare alla parola inglese *contract*, e molte volte si potrà tradurre un vocabolo con l'altro, senza inconvenienti maggiori. Però in Inghilterra non si chiamano *contracts* gli accordi di tipo liberale (cioè le donazioni), e non si chiamano *contracts* gli accordi volti a operare il trasferimento di una proprietà. Il concetto di *contrat* non corrisponde dunque al concetto di *contract*. E non esiste in inglese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contrat*, né esiste in francese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contract*.

Alle difficoltà di traduzione, poste dalla diversità delle norme, si aggiungono le difficoltà poste dalle diversità delle strutture linguistiche. Si nota, ad esempio, che il francese (e, con esso, la vecchia lingua italiana) esprime con la parola *acte* (in italiano, atto) due diverse nozioni che la lingua tedesca (e, con essa, la lingua italiana recente) esprime con le parole *Rechtsgeschäft* e *Rechtshandlung* (in italiano, negozio giuridico e atto giuridico semplice).

Diversità fra le strutture delle diverse lingue possono derivare da un dato più insidioso. La lingua può ammettere speciali figure retoriche, che si inseriscono nella correlazione parola-significato, alterandola rispetto alla regola generale. La scienza giuridica si è già occupata del fenomeno della *sineddoche*<sup>15</sup>, per cui *certe lingue* indulgono alla pratica che consente di indicare una certa fattispecie mediante un solo costituente di essa (“incontro di volontà” per dire incontro di due dichiarazioni e due volontà, “colpa” per dire “violazione colposa di un diritto della vittima”; ecc.).

Ulteriori difficoltà vengono dal fatto che spesso le parole dei giuristi sono fatte per indicare non soltanto i caratteri che circoscrivono concettualmente una categoria, ma anche una serie di emozioni che il giurista ricollega alla categoria. Ad esempio, il termine *risparmio* induce una impressione di simpatia che manca al suo sinonimo *capitalizzazione*. Il termine proprietà *individuale* richiama una visione del diritto borghese-capitalistica, mentre proprietà *personale* inquadra l'istituto in un sistema socialista<sup>16</sup>.

All'interno di ogni sistema giuridico operano poi parole destinate ad avere due diversi livelli di interpretazione: sì che si distingue una definizione più generica ed

*ed europeo: riflessioni metodologiche*, Trento, 2007; GAMBARO, *Legislative Multilingualism and Comparative Law: a European Perspective*, in *Uniform Law Review*, 2012, pp. 407 ss.; GRAZIADEI, *Financial Collateral Arrangements: Directive 2002/47/EC and the Many Faces of Reasonableness*, ivi, pp. 497 ss.; ŠARČEVIČ (cur.), *Language and Culture in EU Law: Multidisciplinary Perspectives*, London, 2015; DERLEN, *Multilingualism and the dynamic interpretation of European Union law*, in ABI-SAAB et al (cur.), *Evolutionary interpretation and international law*, Oxford, 2020, pp. 329 ss.; Id., *The Importance of the “Majority Meaning” in the Interpretation of Multilingual EU Law: Never? Well, Hardly Ever!* in *International Journal of Law, Language and Discourse*, 2021, pp. 11 ss. IORIATTI, *Common Contexts of Meaning in the European Legal Setting: Opening Pandora's box?*, in *Int. J. Semiot. law*, 2023, pp. 275 ss.

<sup>15</sup> MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984.

<sup>16</sup> Nei sistemi socialisti, il termine proprietà personale indicava la proprietà del cittadino sui beni di consumo che egli ha acquistato con il reddito del proprio lavoro. Nella maggior parte di essi, per proprietà individuale si intendeva invece la proprietà privata.

elastica, ed un'altra più precisa e puntuale. Così, ad esempio, il fatto illecito può definirsi, genericamente, come il comportamento genericamente antiggiuridico, o invece come il torto che scatena la responsabilità extracontrattuale, ossia come la fattispecie costituita dalla condotta imputabile, la colpevolezza, l'ingiustizia, il nesso causale e il danno. Si parla al proposito di un genotipo (definizione meno puntuale) e di un fenotipo (definizione più circostanziata). Poco fa abbiamo visto che differenze intercorrono fra la figura del *contract* e quella del *contrat*. Ma ora giunge il momento di osservare che forse *contract* e *contrat* mettono in gioco un genotipo unico, e ciò legittima la traduzione di un termine con l'altro.

Normalmente spetta alla scienza giuridica definire i concetti giuridici, ossia le categorie ordinanti in cui incasellare i risultati dell'interpretazione giuridica. Infatti non spetta al legislatore costruire l'apparato concettuale utile alla conoscenza delle regole.

Ma proprio nell'area del diritto queste corrispondenze "naturali" fra parola e concetto subiscono alterazioni che provengono dalle scelte di un potere costituito, da peculiari eventi storico-linguistici, e infine da intermediazioni dovute a personaggi autorevoli.

Può avvenire, cioè, che un legislatore affermi, più o meno puntigliosamente, una data qualificazione e classificazione. In tal caso il giurista (e, in prima linea, il comparatista) può contestare, *ma non può ignorare*, questa scelta del legislatore. L'errore di classificazione proveniente dall'autorità non può far diventare conforme a logica la classificazione contraddittoria, ma comunque è un formante del diritto.

Può avvenire che un legislatore manifesti la sua volontà in molte lingue; e allora le multiple dizioni legislative non possono non essere ridotte ad un significato uniforme (così avviene per i codici svizzeri, quebecchesi, ecc., e per il diritto formulato da fonti europee).

Talora un reticolato di vocaboli, più o meno ampio e dotato di coerenza, viene introdotto in una lingua per inserirvi un reticolato concettuale proveniente da una cultura che si esprime in un'altra lingua. La uniformità concettuale è allora assicurata. Il giurista del rinascimento si esprimeva in latino. Quando si formarono le lingue giuridiche francese, tedesca, italiana, nederlandese, spagnola, ecc., ognuna di queste versioni assegnò a vocaboli scelti a questo fine il compito di tradurre le corrispondenti espressioni latine, e questa circostanza assicurò l'omogeneità dei termini appartenenti alle varie lingue. Alla stessa stregua, lingue distanti dalle lingue europee hanno ricevuto nozioni provenienti dal mondo occidentale, e nel prodotto la terminologia necessaria per esprimerle<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Il tema è vasto e al di là del diritto riguarda la lingua in generale. TIMOTEO, *Diritto pubblico di diecimila paesi: un libro occidentale di diritto internazionale nella Cina dei Qing*, in *Ann. dir. comp.*, 2022, pp. 97 ss.; WANG, *Legal transplant and cultural transfer: The legal translation in Hong Kong in Across Languages and Cultures*, 2010, p. 83-91; e più in generale, con riflessioni che vanno al di là del caso giapponese: KITAMURA, *La cultura giuridica giapponese e i problemi della traduzione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, pp. 359 ss. D'altra parte, vari vocaboli non immediatamente legati al diritto, come 'religione' sono stati introdotti come neologismi in mandarino nel XIX secolo da parte di traduttori giapponesi, per rendere intellegibili le traduzioni di testi europei in quella lingua: NOVARETTI, "Senza Dio né Legge" *Diritto, sanzioni e religione nell'esperienza giuridica della Cina continentale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, pp. 139 ss.

### 3. *Il comparatista e la traduzione.*

Posto di fronte ad un problema di traduzione, il comparatista ha davanti a sé varie soluzioni, e deve scegliere quella corretta.

Talora la corrispondenza concettuale e semantica è ben garantita, e la traduzione può essere eseguita senza difficoltà maggiori.

Talora non bisogna tradurre. Non si traducono *estoppel*, *šarī'a*, *kolhoz*.

Altre volte bisognerà invece accertare quale sia la disparità di significato dei termini in questione, e accertare se questa disparità nuoccia alla precisione del discorso giuridico.

Qualche volta il comparatista traduttore dovrà sentirsi autorizzato a introdurre nella lingua, in cui egli si esprime, il neologismo necessario per rendere l'espressione presente nell'altra lingua.

#### Sezione IV – COME SEMPLIFICARE L'INDAGINE SUI SISTEMI, RACCOGLIENDOLI IN FAMIGLIE

SOMMARIO: 1. Le differenze superficiali e profonde nel diritto. – 2. La sistemologia. – 3. Le famiglie di sistemi, e i raggruppamenti proposti da R. David. – 4. I problemi posti dalla classificazione.

### 1. *Le differenze superficiali e profonde nel diritto.*

Le differenze fra sistemi possono avere portata maggiore o minore. Come esempio di due sistemi affini possiamo menzionare il diritto civile francese e quello belga subito dopo l'indipendenza belga. I codici erano uguali, le leggi speciali sopravvisute al codice o successive ad esso non erano numerose, le creazioni degli interpreti non erano ancora vistose e i condizionamenti culturali degli interpreti erano omogenei. Al lato opposto, il diritto cinese e quello norvegese non hanno grandi punti in comune.

Il comparatista dispone delle tecniche che occorrono per misurare queste piccole e grandi differenze.

Le differenze più profonde non sono quelle più appariscenti dal punto di vista della politica del diritto, né quelle collegate ai problemi che coinvolgono in modo più viscerale l'opinione pubblica.

Le differenze più profonde sono quelle che possono scomparire soltanto nei lunghi periodi, perché involgono la mentalità e i procedimenti logici dell'interprete.

Il modo di redazione delle sentenze può produrre differenze più profonde che non il modo di selezione del capo dello Stato, che può dipendere da un'elezione o da un diritto ereditario. In particolare, i mutamenti della costituzione hanno spesso prodotto effetti soltanto marginali su tutta la rimanente parte dell'ordinamento.

I dati più profondi di un ordinamento (e, quindi, le differenze più profonde rispetto agli altri sistemi) riflettono spesso regole non scritte, osservate spontaneamente dagli interpreti; rientrano tra esse il grado di ottemperanza prestato dal giudice all'insegnamento dottorale e al proprio precedente. Andando oltre, osserviamo

che fra queste regole non scritte le più difficili da neutralizzare sono quelle crittologiche, presenti nello spirito dell'interprete in modo inconsapevole, per cui egli è nell'impossibilità di vagliarle criticamente.

## 2. *La sistemologia.*

Quanto detto sopra apre le porte ad una conseguenza.

Se il comparatista inventaria i dati meno instabili di un dato sistema, egli redige una specie di ritratto dei connotati proprii e caratterizzanti dell'ordinamento preso in esame.

Già sappiamo che si tratta di dati su cui non sempre può esercitarsi l'autorità del legislatore. Abbiamo già parlato del peso reciproco dell'insegnamento teorico e della prassi, nonché del valore di fatto del precedente giurisprudenziale. Possiamo ora evocare la tendenza a ragionare in base a regole giuridiche di dettaglio, o late; possiamo evocare i modi scelti per la trasmissione del sapere giuridico, e per la formazione del giurista; lo stile delle leggi; la qualità (saggistica o divulgativa) della produzione letteraria<sup>18</sup>.

Una disciplina apposita è nata, la sistemologia, che si preoccupa della raccolta dei dati utili a questi fini.

Alla descrizione dei sistemi operata mediante l'indicazione delle fonti verbalizzate – tipo di costituzione, modello di codice civile (o altro insieme di fonti civilistiche), ecc. – è stata sostituita una descrizione operata indicando gli elementi relativamente permanenti dei sistemi. È evidente che questi elementi si ricollegano spesso con la storia del diritto del paese considerato<sup>19</sup>.

Il carattere relativamente stabile degli elementi che vengono messi in conto per definire un sistema non esime il comparatista dalla necessità di tenere continuamente sotto esame quegli elementi, perché nella vita del diritto nulla è statico, e tutto può mutare rapidamente. Così, ad esempio, in Germania è mutato rapidamente, in tempi recenti, il ruolo della definizione e l'importanza del precedente.

## 3. *Le famiglie di sistemi, e i raggruppamenti proposti da R. David.*

Ogni scienza che si occupa di fenomeni comparabili tende a raggruppare questi ultimi secondo le loro rassomiglianze. Ciò consente una preziosa economia nell'esposizione dei dati, e razionalizza la comparazione, situando nel posto che loro compete le grandi e le piccole differenze. Così lo zoologo raggruppa gli animali in classi, ordini, famiglie, ecc.

<sup>18</sup> Il merito di aver selezionato consapevolmente i caratteri meno transeunti di ogni ordinamento studiato appartiene innanzi tutto a R. David, primo in ordine di tempo (R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>1</sup>, Parigi, 1964; la 12<sup>a</sup> ed., dovuta a lui, a C. Jauffret-Spinosi e a Marie Goré, è apparsa nel 2016. Cinque edizioni italiane dell'opera si sono succedute).

<sup>19</sup> I grandi manuali di istituzioni non provano a misurarsi con i dati sistemologici dell'ordinamento che studiano.

Anche il comparatista raggruppa gli ordinamenti secondo le loro rassomiglianze.

Una prima schedatura, dovuta a R. David, che l'ha adottata negli anni '60, ha contrapposto i sistemi romano-germanici ai sistemi socialisti (allora fiorenti ed in espansione), ai sistemi imperniati sul common law di origine inglese, e alle altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto, fra cui campeggiano il diritto musulmano, il diritto indiano, i diritti dell'estremo Oriente (Cina e Giappone), e i diritti dell'Africa e Madagascar<sup>20</sup>.

La famiglia romano-germanica involge, a titolo originario, i sistemi che, dal XIII secolo ad oggi, si sono sviluppati nel continente europeo a sud dello Jutland e ad ovest della frontiera orientale del Sacro Romano Impero.

Questi sistemi ci appaiono, oggi, come sistemi codificati. Ma il loro connotato essenziale non risiede nella codificazione, risiede nel fatto che i giuristi dell'area si sono formati in università, in cui il diritto insegnato era un estratto del diritto giustiniano e del diritto canonico.

I sistemi così formati ebbero imitatori, e l'area in esame non ha mai cessato di allargarsi in molte direzioni: verso l'Est europeo<sup>21</sup>, verso l'Asia, l'America latina e l'Africa.

I sistemi socialisti incominciarono ad esistere allorché Lenin, impadronitosi del potere in Russia (e poi in Unione sovietica) indirizzò il paese verso un'esperienza socialista, che implicava la statizzazione dei mezzi di produzione industriali, la collettivizzazione dei mezzi di produzione agricoli, e la subalternazione dell'attività economica al piano di Stato.

Il modello socialista si diffuse dall'Unione sovietica ai paesi socialisti europei, alla Cina e al Viet Nam, a Cuba, e molti paesi africani si proposero di imitarlo.

L'Inghilterra è la culla di una terza grande famiglia. Ivi i re normanni insediarono corti regie cui spettava di giudicare secondo il *common law*, ossia un diritto che si supponeva essere comune a tutto il regno, ove sarebbe stato radicato in via consuetudinaria. E il giurista inglese si formava a contatto con la pratica del common law, e non sul diritto romano.

Il sistema originariamente inglese si è diffuso in tutte le colonie inglesi: negli Stati Uniti d'America, in Canada, in India, in Australia, in Nuova Zelanda, in molti paesi africani.

Per quanto ampia sia la diffusione dei sistemi di tipo romano-germanico o fondati sul common law, buona parte del mondo adotta soluzioni di altra origine.

Fra queste, R. David evidenzia la šarī'a islamica, i sistemi asiatici – indiano, cinese, giapponese –, e quelli africani.

Alcuni ordinamenti, in cui sono presenti elementi romanistici e altri di tipo angloamericano (così i sistemi scozzese, quebecchese, sudafricano, israeliano) sono stati classificati come "misti".

<sup>20</sup> PARGENDLER, *The rise and decline of legal families*. in *Am. J. Comp. Law*, 2012, pp. 1043 ss., illustra come le classificazioni dei sistemi giuridici accolte nel XIX secolo fossero completamente diverse da quelle attuali. In effetti ogni classificazione è da collocare nel suo contesto storico, come nota anche MATTEI, *The Cold War and Comparative Law: A Reflection on the Politics of Intellectual Discipline*, in *Am. J. Comp. Law*, 2017, pp. 567 ss.

<sup>21</sup> SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 115 ss.