

8

Un sentiero solo tracciato: le *Premesse al corso di diritto pubblico comparato* di Giorgio Lombardi

di Massimo Cavino

«Chi conosce solo il diritto non conosce nemmeno il diritto». Questa frase di Francesco Carnelutti è forse la più adatta a tratteggiare l'immagine di Giorgio Lombardi: la sua ricchissima produzione scientifica ci restituisce l'immagine di un intellettuale curioso, capace di rivolgere il suo interesse verso una sorprendente pluralità di direzioni, profondo conoscitore della storia europea – che gli piaceva guardare dal punto di vista delle vicende sabaude e francesi¹ – ma sempre attento a non perdere di vista la sua missione di giurista².

In questa prospettiva si deve collocare anche il suo contributo teorico allo studio del diritto pubblico comparato che trova espressione, purtroppo incompleta, nel volumetto *Premesse al corso di diritto pubblico com-*

¹ Si vedano, tra i molti contributi, *Note sul controllo degli atti del sovrano negli Stati Sabaudi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo*, in *Annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari dell'Università di Roma*, gen.-giu., 1962; *Storia di Mondovì e del monregalese*, II, *L'età angioina (1260-1347)*, Cuneo, 2002 (con R. COMBA-G. GRISERI); *La Guerra del Sale (1680-1699). Rivolte e frontiere del Piemonte barocco*, Milano, 1986; *I Ferrero nelle Guerre del sale (1680-1699): l'obbligo politico dalla "patria" cittadina allo Stato*, in A. MERLOTTI (a cura di), *Nobiltà e Stato in Piemonte. I Ferrero d'Ormea*, Atti del Convegno, Torino-Mondovì 3-5 ottobre 2001, Torino, 2003.

² Come testimoniano le sue monografie più importanti *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967, 1970. In quest'ultimo lavoro ha elaborato la teoria della *Drittwirkung* secondo la quale i diritti fondamentali devono essere intesi soltanto nella dinamica dei rapporti tra libertà e autorità ma possiedono una efficacia orizzontale che li rende opponibili verso i terzi.

parato. *Problemi di metodo*³, sul quale si sono formate due generazioni di studenti e studiosi torinesi. La struttura del libro, in parte disomogenea, sconta l'occasione che ne ha originato la scrittura⁴: si tratta di un'opera nata dalla didattica e pensata per la didattica che in molte pagine si limita ad accennare problematiche di grande densità che l'autore era solito sciogliere nel corso delle sue lezioni⁵.

Ciò non di meno esso disegna un percorso, nel complesso lineare: il primo capitolo riflette sulla autonomia del diritto comparato; il secondo ne ripercorre gli inizi; il terzo analizza le basi filosofiche e gius-privatistiche della comparazione giuridica, considerando i suoi rapporti con la teoria generale del diritto e con la storia del diritto, e riflettendo sulle differenze tra lo studio del diritto comparato e lo studio del diritto straniero; il quarto capitolo si sofferma sulla "comparazione per differenze" e sulla "comparazione per assonanza"; il quinto (che in effetti rompe la sequenza rispetto ai primi quattro) riprende parte delle tematiche già affrontate e le declina in prospettiva storica e teorico generale.

In queste rapide riflessioni intendo proporre una delle tante possibili chiavi di lettura del libro, soffermandomi su tra aspetti essenziali: *a*) l'analisi delle premesse, *b*) la proposta di un approccio problematico, e *c*) la riflessione intorno al concetto di "formula politica istituzionalizzata".

a) Giorgio Lombardi muove le sue considerazioni dalla questione ancora oggi dibattuta della autonomia epistemologica del diritto comparato: se cioè il diritto comparato esista o sia piuttosto un metodo, «un *modo d'essere* dello studio di *altri diritti*, riducendosi a un semplice atteggiamento mentale»⁶. E la risolve senza negare dignità all'una e all'altra opzione. È bene che ogni giurista, quale che sia il suo ambito di azione, non sia estraneo ad un approccio e ad una sensibilità di comparatista «non richiudendosi nei propri confini e non ripiegandosi sulle esperienze concettuali della tradizione del proprio paese». Ma altra cosa è «finalizzare la

³ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986.

⁴ Scrive Lombardi nella nota introduttiva: «Questo libro, che raccoglie talune passate esperienze di studio, trae origine dal Corso di diritto pubblico comparato: fondamenti metodologici, svolto nell'agosto del 1985 come Professore Invitato, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Externado de Colombia, Bogotà».

⁵ Lo stesso si può dire di un altro libro che presenta le stesse caratteristiche di densità e di incompiutezza: *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987. Si tratta, in ogni caso, di un patrimonio che gli allievi del Maestro potrebbero far ancora fruttare riprendendone le molte suggestioni.

⁶ G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 9.

conoscenza delle analogie e delle differenze, dei rapporti di influenza o di indifferenza ad una ricerca volta a individuare quell'insieme di valori, di collegamenti, di modi di essere – a volte affini o a volte distanti – che costituiscono appunto il diritto comparato nel suo complesso, secondo una linea di pensiero che può utilizzare ora criteri storici, ora criteri sistematici, per avere la certezza o quanto meno per avvicinarsi alla certezza, circa l'esistenza di rapporti, e circa la misura entro la quale quei certi tipi di rapporti tendono a manifestarsi, per formare oggetto di comparazione»⁷.

La distinzione risiede dunque nella finalità che muove il giurista alla comparazione. Se egli la utilizza come strumento per comprendere meglio dinamiche interne al proprio ordinamento⁸ essa si risolverà in un metodo. Se invece ricorre ad essa per comprendere le ragioni per le quali istituti, rapporti istituzionali, formule sociali e politiche si realizzano in diversi ordinamenti giuridici, allora potrà dirsi, a tutti gli effetti un comparatista.

Da questo punto di partenza la riflessione di Lombardi si articola: se è vero che il diritto comparato non si esaurisce in un metodo ma è il modo di essere del diritto «quando esce da una esperienza “domestica”», esso deve comunque fare i conti con le peculiarità che caratterizzano ogni branca del diritto. E poiché ogni branca del diritto ha il proprio metodo il giurista che intenda “uscire dalla sua esperienza domestica” sarà portato a finalizzare la sua conoscenza alla luce di approcci particolari. Dal che discende che nel quadro generale del diritto comparato occorrerà distinguere il diritto privato comparato, il diritto pubblico comparato, il diritto penale comparato, ecc. E quindi considerare le interazioni metodologiche che le categorie di ciascuna disciplina impongono alla riflessione del comparatista.

⁷ *Ivi*, p. 11.

⁸ Si faccia attenzione. Lombardi configura la comparazione come metodo solo in relazione allo studio di appartenenza di chi la pratica. Se un giurista studia un ordinamento straniero, anche un solo ordinamento straniero si pone in una prospettiva diversa: «Il giurista di un paese che studia il diritto di un altro paese non è mai (o quasi mai) estraneo ad interessi comparatistici: la comparazione sarà quanto meno allo stato latente e lo studio del diritto straniero rappresenta in questa logica il primo passo per la comparazione. Lo studio del diritto straniero è infatti “la materia prima” della comparazione, e rappresenta i mattoni dai quali l'edificio del diritto comparato risulta costruito. La comparazione, poi, se si vuol proseguire il paragone, è il cemento, e tanto migliore sarà l'edificio quanto più articolato, sfaccettato, complesso sarà il raffronto e quanto più solida, ove necessaria, la sintesi. Del resto è preferibile un buon studio del diritto straniero ad uno studio cattivo – od affrettato e approssimativo – di diritto comparato» (*ivi*, p. 26). Non è l'ampiezza dell'oggetto dello studio a segnare la differenza, ma la posizione e il punto di vista dello studioso.

b) La sintesi di tali interazioni si realizza secondo Lombardi con l'applicazione di due metodi: il metodo problematico e il metodo casistico, l'uno e l'altro apprezzabili purché utilizzati in coerenza con l'oggetto della comparazione.

Lombardi ritiene che il metodo casistico – limitato all'analisi dei casi giudiziari di uno o più ordinamenti stranieri – possa essere utilizzato solo in ipotesi limitate e comunque sempre in stretta relazione con il metodo problematico, caratterizzato da una portata generale: «Metodo della problematica è quello che pone al centro dell'analisi il problema pratico giuridico sostanziale, senza enfatizzare i criteri nominalistici, concettuali o di categorie logiche. Ad esempio, nel diritto urbanistico, il problema dei rapporti tra piani regolatori (secondo i diversi tipi che possono riscontrarsi) e permesso edilizio (indipendentemente dalla qualificazione dell'atto amministrativo che precede e legittima il fatto costruttivo). In questi termini occorre tenere presente leggi, sentenze, valutazioni della dottrina: come tale questo metodo consente induzioni generali sulla base dei casi esaminati»⁹.

Questa parte della riflessione è forse quella che, nella struttura delle *Premesse al corso*, rimane maggiormente in ombra. Dal punto di vista teorico essa si appoggia sul contributo di Theodor Viehweg, che viene richiamato solo per cenni ma che evidentemente ha influenzato il ragionamento di Lombardi.

Viehweg utilizza le categorie della retorica, ed in particolare della topica, per descrivere il fenomeno pratico della interpretazione giudiziaria, e propone al giurista un modo di procedere per tentativi che definisce, appunto, come “problematico”. L'autore pone in relazione il concetto di problema con quello di sistema: «se si dà il nome di problema, e ciò è sufficiente ai nostri fini, a qualsiasi questione che consenta apparentemente più di una risposta e si presuppone in modo necessario una comprensione provvisoria, alla cui stregua un qualche cosa appaia in generale siccome questione che va presa sul serio, giustamente si andrà alla ricerca di una risposta come soluzione. In una descrizione sintetica, ciò si svolge nel modo seguente: il problema viene portato mediante una sua conforme formulazione in un dato nesso deduttivo più o meno esplicito e più o meno esteso, dal quale viene ricavata la risposta. Se al nesso deduttivo si dà il nome di sistema, si potrà dire in modo linguisticamente ancora più breve che il problema viene ordinato in un sistema allo scopo di giungere alla sua soluzione. [...] Se si desse un unico sistema A, che dichiarasse in-

⁹ G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 35.

solubile il nostro problema [...], verrebbero pretesi altri sistemi per la sua soluzione. La stessa conclusione varrebbe nel caso di più sistemi A, B, C. Se essi non sono di aiuto, ne vengono ricercati altri e altri ancora, con il che si mantiene sempre il carattere problematico. In altre parole: procedendo da un problema si ha come effetto una selezione di sistemi e si è condotti normalmente ad una pluralità di sistemi, senza che si dimostri la loro compatibilità in un sistema comprensivo»¹⁰.

La riflessione di Lombardi, muovendo da questa impostazione, propone il diritto comparato come disciplina capace di selezionare i sistemi di organizzazione dei dati di uno, o più ordinamenti statali, utili alla soluzione del problema della comprensione. Ma la proposta, come dicevamo, è solo accennata e suggerita.

c) L'applicazione prevalente dell'approccio problematico è, secondo Lombardi, ciò che deve distinguere il diritto pubblico comparato dal diritto privato comparato. Quest'ultimo predilige il metodo casistico che conduce ad una comparazione per similitudini e analogie, costruita sull'analisi della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina e finalizzata alla ricerca di quelle analogie che possano rendere più agevoli gli scambi e i rapporti, per l'appunto, **tra privati**.

Lo studioso del diritto pubblico comparato deve invece essere mosso dalla ricerca delle differenze e delle particolari condizioni che caratterizzano ogni ordinamento nazionale, in forza delle peculiarità del dato sociale, politico, economico e culturale. Egli deve riuscire a cogliere, sulla base di una analisi concreta, il rapporto tra la fattualità della politica e la normatività dell'ordinamento giuridico.

¹⁰ Cfr. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), trad. it., Milano, 1962, p. 32 s., *passim*. In argomento cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorias de la argumentacion juridica*, Madrid, 1997, p. 54 ss. Sulla contrapposizione tra sistema e problema cfr. A.M. QUINTAS, *Scienza e problematica nell'applicazione del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, p. 327 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti per una discussione su sistema e metodo*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Milano, 1991, p. 7 ss. In particolare *Barcellona critica* (p. 11 ss.) la contrapposizione tra pensiero problematico e sistematico sulla base della affermata impossibilità di cogliere l'ordinamento giuridico fuori da modelli sistematici. Pare tuttavia di poter affermare che egli non sviluppi a pieno la potenzialità metodologica dell'approccio problematico, che non nega l'importanza della sistematica giuridica, assegnandole tuttavia un valore provvisorio, legato ai singoli casi concreti. Quel che il modo di procedere problematico effettivamente nega è la possibilità di giungere ad una riduzione sistematica dell'ordine comprensivo all'interno del quale vengono di volta in volta proposti sistemi provvisori. Per un'analisi della contrapposizione, nel senso della complementarità, tra pensiero sistematico e problematico nelle riflessioni di Viehweg cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto. II. Il Novecento*, Milano, 2002, p. 219 ss.

Per Autore:
finisce qui
il punto c)?

Sulla base di questa considerazione Giorgio Lombardi elabora il concetto di *formula politica istituzionalizzata*: «serve a poco esaminare le norme costituzionali, e cercare analogie, senza tener conto dei precedenti storici, ove *crittotipi locali* possono trovare (come è il caso del presidenzialismo) singolari riferimenti a tipi normativi di altri paesi ma nella loro applicazione rivelano invece la loro derivazione da climi istituzionali diversi. Allo stesso modo diventa problematico comprendere le ragioni del funzionamento di un sistema costituzionale senza far riferimento a quella che penso si possa chiamare *formula politica istituzionalizzata*, che rappresenta il vero *tipo* (tanto più importante quanto meno necessita di *verbalizzazione*) della struttura costituzionale dell'uno o dell'altro sistema. Qui occorre però una grande attenzione, ed una vigile cautela per essere certi di non superare la soglia di quello che deve restare un ragionamento giuridico. Così, al di là della struttura normativa della costituzione, si trova in ogni ordinamento, una serie di meccanismi (o, ancora meglio, il modo di operare di quei meccanismi) più o meno evidenziati in sede normativa, e, spesso, addirittura non a livello costituzionale»¹¹. Lombardi, guardando agli Stati Uniti, cita a titolo di esempio: la disciplina dell'*impeachment*, che ha impedito l'evoluzione della forma di governo verso modelli parlamentari; la pratica istituzionale del governo diviso; il valore della regola dello *stare decisis* sul controllo diffuso di costituzionalità delle leggi.

La *formula politica istituzionalizzata* è il concetto ancora più citato tra quelli proposti dalla riflessione di Lombardi. Ad esso rinviano studi sulla forma di Stato e di Governo, sui sistemi dei partiti e, da ultimo, persino studi sul diritto dell'ambiente. Nella maggior parte dei casi il concetto è però oggetto di rinvii rapidi, allusivi, che ne danno per scontato il contenuto. Così il risultato paradossale è che la proposta lombardiana di analizzare con rigore i dati che concretamente orientano lo sviluppo degli ordinamenti giuridici stranieri, si è tramutata in uno strumento per eludere quel faticoso modo di procedere, che pretende dallo studioso una grande profondità culturale, non solo limitata al campo del diritto. Di fronte a scenari complessi, che richiederebbero approfondimenti di carattere storico, geopolitico, teorico generale, ci si rifugia nel richiamo alla *formula politica istituzionalizzata*, e in poche righe si tira dritto per le proprie conclusioni.

Si tratta di un esito in larga misura determinato da quella rapidità con cui lo stesso Lombardi ha trattato l'approccio problematico; ma forse parte della responsabilità può essere ascritta a quanti, pur richiamandosi spesso al metodo del Maestro, non lo hanno ancora del tutto elaborato.

¹¹ G. LOMBARDI, *Premesse al corso*, cit., p. 70.