

## ***Il metodo del diritto comparato o nel diritto comparato? Riflessioni su un tema classico e sempre attuale***

*I. Introduzione. Il diritto comparato come metodo o scienza. Un tema sempre attuale e che necessita continui aggiornamenti*

Per chi cominciò il suo percorso di studi di Diritto comparato, da studente della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna, sulla prima edizione del manuale di Diritto costituzionale comparato di Giuseppe de Vergottini all'inizio degli anni Ottanta, opera che è giunta gloriosamente oggi alla undicesima edizione<sup>1</sup>, e sul quale baso da due decenni il mio corso di Diritto pubblico comparato presso l'Università del Salento, dovrebbe essere naturale meditare sulla questione del metodo nel diritto comparato.

Se nelle edizioni precedenti il maestro dell'Alma Mater ancora si chiede se il Diritto comparato sia una scienza o, semplicemente, un metodo, proponendo comunque l'importanza dell'utilizzo del metodo scientifico per la comparazione (il che significa sostanzialmente fare bene il proprio mestiere, soprattutto nella ricerca), nell'ultima edizione è esplicita la dichiarazione secondo cui il metodo giuridico rende la comparazione una disciplina scientifica. La comparazione giuridica è quindi «l'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti, che, se compiuta secondo i canoni del metodo giuridico, assume le caratteristiche della disciplina scientifica. Questa operazione necessita di essere affrontata seguendo un proprio metodo scientifico»<sup>2</sup>.

Nel titolo di questo contributo si utilizza la parola metodo proponendo due alternative: se esiste un metodo tipico del diritto comparato significa che quest'ultimo assomiglia ad una scienza, nella quale l'oggetto della ricerca assume un'importanza primaria e modella il metodo. Nel caso ci si concentri sul metodo nel diritto comparato si intende piuttosto, al contrario, la quasi totale natura ancillare di questi nei confronti di un altro sapere più definito come disciplina: il diritto privato, il diritto pubblico, il diritto amministrativo, senza l'aggettivo. Le pagine che seguono chiariranno questo ragionamento, nel senso di dare comunque rilevanza ad una 'disciplina' – termine più appropriato e modesto di 'scienza' – utile se non necessaria al dibattito giuridico, politico e culturale, che si accompagna ad un metodo, ma non si limita ad esso, assumendo invece i con-

"  
"  
"  
"  
"  
"  
"  
"  
"  
"  
"

<sup>1</sup> G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova 2022<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit. 2.

torni di qualcosa di autonomo, anche se legato a diversi saperi, dai quali trae la linfa per poter esercitare la sua funzione. Anche il termine ‘materia’ può essere usato come sinonimo di disciplina.

Non sarebbe certamente, a mio avviso, una *diminutio* considerare il diritto comparato ‘solo’ un metodo. Questo designa uno dei pilastri della tradizione occidentale, sin dalla cultura greca che del resto gli presta il nome; ma è dalla rivoluzione scientifica galileiana che esso diviene centrale nel dibattito filosofico (si veda al proposito *Il discorso sul metodo* di Cartesio), ed in seguito politico e giuridico. Il ‘Metodo Comparativo’ fu inoltre reso celebre dai successi della linguistica comparata, e «invocato da giuristi, storici, scienziati della politica e sociologi – basti qui richiamare i nomi di Comte e Durkheim – per formulare l’ipotesi circa l’origine e le leggi di sviluppo delle istituzioni giuridiche e sociali»<sup>3</sup>.

Gino Gorla, nella sua fondamentale Voce sull’Enciclopedia del diritto<sup>4</sup>, nello stesso primo capoverso di essa, che inizia con la domanda «che cosa sia quel *quid* che chiamiamo ‘diritto comparato’», si chiede quali siano «i metodi (grassetto dell’autore), le tecniche o arti», trattando dunque il metodo come strumento per definire l’oggetto della conoscenza. Esso sembrerebbe poter essere più materia che metodo, ma per essere scienza (sociale) è forse necessario qualcosa di più: una disciplina dai contorni definiti, anche se in espansione, come una forma sferica che può gonfiarsi mantenendo la sua struttura primigenia (basta che non scoppi ..., il che può accadere se il metodo è sbagliato o se il contenuto è troppo ingombrante per essere ben gestito)<sup>5</sup>. Ma, prendendo per buono il suggerimento di de Vergottini sulla necessità dell’utilizzo del metodo scientifico nel diritto comparato (il che significa, ripeto, fare le cose per bene), che cosa si intende per metodo comparato? Esso è definito una volta per tutte o muta con il tempo? Ne esiste solo uno, o ve ne sono vari?

## II. Come funziona il metodo comparato

Ogni disciplina ha evidentemente bisogno di un metodo per vivere e svilup-

<sup>3</sup> G. Resta, *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, in G. Resta, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a c. di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano-Udine 2020, 22.

<sup>4</sup> G. Gorla, *Diritto comparato*, in *ED*. 12, Milano 1964, 928 ss.

<sup>5</sup> Il concetto di sfera, utile per capire l’evoluzione della civiltà umana sino all’odierna epoca della globalizzazione, è utilizzato dal filosofo tedesco Peter Sloterdijk: *Sfere* (due tomi, *Bolle e Globi*), Milano 2014 (originale: *Sphären I. Blasen; Sphären II. Globen*, Frankfurt am Main 1998 e 1999).

parisi. Il diritto non fa eccezione, ed all'interno di esso il diritto comparato, con le diverse strategie se si tratta di diritto pubblico comparato o privato comparato. Permane infatti una differenza nonostante la sempre più marcata commistione fra i due ambiti: de Vergottini indica che, mentre nel campo del diritto privato vengono soprattutto considerati gli istituti giuridici riguardanti gli individui, nel diritto pubblico (comparato) assume una particolare rilevanza la conoscenza delle istituzioni politiche<sup>6</sup>.

Se si insiste sul metodo scientifico (giuridico) come strumento per la funzione della comparazione, questo comporta, in sintesi, che vi sia una fase di raccolta dei dati e delle nozioni necessarie alla conoscenza di un fenomeno, una fase di verifica delle conoscenze ed un'altra, eventuale, di utilizzo delle conoscenze. Sottolinea Jaakko Husa che «nella maggior parte dei casi, le scelte teoriche sulla metodologia emergono dopo che il materiale di ricerca preliminare è stato raccolto, ed una certa sorta di quadro si è formata»<sup>7</sup>. Si tratta dunque di un lavoro *in fieri*, il cui cammino non è segnato del tutto dall'inizio, ma è condizionato dall'equipaggiamento (il materiale raccolto) e dal contesto giuridico, culturale e politico, che può favorire o frenare tale lavoro. Dipende anche, perlomeno per quello che riguarda il teorico del diritto comparato, dalla volontà e dall'ambizione di questo.

Va anche ricordato che, se è indubbia la centralità della questione del metodo nel lavoro dei comparatisti, la maggior parte di questi dà per scontate le regole del gioco, e si concentra piuttosto sul gioco stesso. Questo vale più per i comparatisti di diritto pubblico, a causa forse della maggior ampiezza rispetto ai colleghi privatisti dell'ambito di ricerca. Si accettano dunque le regole del gioco (il metodo), la cui conoscenza è condizione essenziale per dedicarsi ai contenuti della ricerca (il gioco in sé), che può riguardare ordinamenti considerati dal punto di vista della geografia (l'analisi degli ordinamenti o di settori ed istituti giuridici di singoli Stati) o istituti ed ambiti trasversali (federalismo, diritti fondamentali, ruolo delle Corti<sup>8</sup>). Detto altrimenti, sono più numerose le opere sul diritto straniero, sia la comparazione parte dell'analisi o non lo sia (di solito lo

<sup>6</sup> De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit. 3. Il problema che sorge è allora quello «della rilevanza o meno per lo studioso di diritto delle questioni interessanti il fatto politico, problema che va risolto distinguendo con chiarezza i profili propri del diritto costituzionale da quelli propri di altre discipline che assumono una funzione ausiliare rispetto al primo e rispetto alle analisi comparative svolte nel suo ambito, quali le discipline politologiche, sociologiche e storiche».

<sup>7</sup> J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford-Portland 2015, 117.

<sup>8</sup> Fra la sterminata letteratura v., per i tre ambiti citati, rispettivamente, S. Ortino, M. Žagar, V. Mastny (eds.), *The Changing Faces of Federalism. Institutional reconfiguration in Europe from East to West*, Manchester 2004; S. Fredman, *Comparative Human Rights Law*, Oxford 2018; L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino 2019.

è, almeno implicitamente), che le opere sul metodo del diritto comparato<sup>9</sup>. Chi conosce bene le regole però, è più facilitato di chi di esse ha un'idea superficiale per effettuare una ricerca epistemologicamente impeccabile e possibilmente utile per un'applicazione pratica.

La prima fase è dunque quella della conoscenza pura, che giustificherebbe già da sola l'esistenza e la nobiltà del diritto comparato<sup>10</sup>. Già così si può apprezzare la natura interdisciplinare del diritto comparato, dato che le conoscenze saranno non solo di natura giuridica; questo implica una ricerca che abbia il diritto come chiave di lettura, che si basi su di esso, ma che spazia fra più saperi<sup>11</sup>.

È evidente che non si può pretendere dallo studioso la conoscenza di tutti gli ambiti del diritto delle centinaia dei diversi ordinamenti del mondo, e neanche, a maggior ragione, dei fattori extragiuridici utili alla comprensione del versante propriamente giuridico. Verranno in ausilio le raccolte ed i compendi di diritto più o meno disponibili a seconda delle diverse situazioni (più semplice l'accesso nei paesi a più solida struttura democratica, che sono di solito anche quelli dove lo studio della scienza giuridica è più sviluppato), che portano ad una sostanziale 'ricostruzione' dell'argomento giuridico da studiare<sup>12</sup>.

Occorre quindi procurarsi una conoscenza abbastanza vasta, se non totale, del diritto non noto; questo si può fare, almeno in gran parte, soltanto «per sentito dire»<sup>13</sup>, specifica Gino Gorla, ed io aggiungo che, per fortuna, il 'sentito dire' può essere oggi, nel terzo decennio del ventunesimo secolo, sostituito da uno studio per mezzo di efficaci traduzioni e trattazioni di esperti anche della lingua e della cultura giuridica che si intende analizzare, oltre che facilitato dalla rete nell'accesso diretto dei documenti.

Lo scambio fra esperti di tutto il mondo aiuta la conoscenza, in particolare da paesi di difficile accesso nelle informazioni (se non per pochi specialisti,

<sup>9</sup> Vi sono certamente lodevoli eccezioni: ad esempio de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit.; U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015. Fra i libri fondamentali che trattano soprattutto, o solo del metodo, oltre a quelli citati nelle altre note, v. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova 2021, il quale nell'analisi dei vari metodi per la comparazione giuridica dedica una particolare attenzione allo strutturalismo (pp. 98 ss.), adatto a spiegare sistemi giuridici complessi, nei quali le singole componenti presentano nondimeno una struttura unitaria. La teoria dei formanti legali (i principali dei quali sono la legge, la giurisprudenza e la dottrina) è strettamente connessa all'approccio strutturalista.

<sup>10</sup> G. Boggetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a c. di), *Diritto costituzionale comparato II*, Bari-Roma 2014, 732.

<sup>11</sup> Si vedano le preziose pagine di F. Galgano, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna 2009.

<sup>12</sup> Husa, *A New Introduction to Comparative Law* cit. 117.

<sup>13</sup> Gorla, *Diritto comparato* cit. 941.

che però ci sono sempre stati ed oggi sono più numerosi) verso paesi e centri di maggiore diffusione del sapere, *in primis* gli USA, ma anche il Regno Unito, il Canada, l'Australia, favoriti tutti dalla preminenza ormai accettata della lingua inglese, nonché i paesi europei, soprattutto Germania, Francia, Italia, Portogallo e Spagna<sup>14</sup>, tutti quelli insomma dove si studiano le principali culture giuridiche (e non) del mondo e che, altresì, ospitano esuli da diversi paesi di non semplice comprensione, non solo giuridica: i casi della Cina e dell'Iran sono evidenti, e lo è anche, quello dello studio della cultura araba e musulmana, molto forte da tempo in Italia. In questo quadro sono decisive le traduzioni<sup>15</sup>. È molto difficile che un comparatista possa conoscere contemporaneamente, fra le varie lingue, cinese, arabo, persiano e russo. Chi le conosce avrà un vantaggio perché potrà accedere a documenti in lingua originale, ma non può essere precluso lo studio di tali paesi solo perché non si conoscono le lingue delle opere e dei documenti originali<sup>16</sup>. Non solo il sapere giuridico deve rientrare nel bagaglio delle conoscenze del comparatista, ma anche altri saperi, con le trappole e le difficoltà, ma anche le opportunità, che saranno illustrate nell'ultimo paragrafo.

La seconda fase, quella della verifica delle conoscenze, è delicata poiché il diritto, in quanto scienza sociale, non è di facile misurazione. Zweigert e Kötz sottolineano a loro volta che «la valutazione critica dei risultati raggiunti con la comparazione è una parte integrante del diritto comparato»<sup>17</sup>. Per effettuare tale valutazione, possono risultare utili anche gli strumenti di discipline come la sociologia o la statistica: in questo senso la «misurazione del diritto»<sup>18</sup> è pensabile ed applicabile solo nei paesi democratici dove i sondaggi sono verosimili. In realtà, il comparatista aggiunge spesso alla sua ricerca una valutazione critica, altrimenti «il diritto comparato diverrebbe secondo quanto diceva Binder 'una pila di mattoni di cui nessuno si servirà per costruire qualcosa'». La valutazione critica comporta la riflessione e l'argomentazione su «quale sia, fra le tante, la soluzione più consona allo scopo e – in definitiva – la migliore»<sup>19</sup>.

La ricerca della soluzione migliore è un aspetto centrale della teoria funzionalista di Zweigert e Kötz, non a caso privatisti-comparatisti, che può servire a

<sup>14</sup> I Paesi Bassi e gli Stati scandinavi fanno ormai parte del mondo accademico di lingua inglese, pur mantenendo vivo l'uso delle proprie lingue nazionali anche in ambito universitario.

<sup>15</sup> S. Cavagnoli, E. Ioriatti Ferrari, *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova 2009.

<sup>16</sup> Per un comparatista conoscere almeno due lingue di diffusione internazionale, oltre la propria, dovrebbe essere la norma, e di solito, almeno in Italia, lo è.

<sup>17</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato I. Principi fondamentali*, Milano 1998, 54.

<sup>18</sup> A. Gambaro, *Misurare il diritto?* in *Annuario di Diritto comparato*, 2012.

<sup>19</sup> Zweigert, Kötz, *Introduzione al diritto comparato I. Principi fondamentali* cit. 55.

rafforzare l'argomento (non condiviso da tutti) secondo il quale il diritto comparato propone risultati tutto sommato equivalenti. Siamo qui all'interno della terza fase, vale a dire quella della finalità della comparazione. Essa si applica sia all'aspetto legislativo, che a quello esecutivo, ed infine al giudiziario, che dei tre poteri è quello dove l'utilità della comparazione, almeno immediatamente, appare più chiara<sup>20</sup>.

Anche la divisione in famiglie giuridiche è stata soprattutto elaborata da comparatisti giusprivatisti<sup>21</sup>, e può essere utile ai fini del diritto pubblico comparato, come anche lo studio dei diversi diritti di famiglia, un tema tipico di diritto privato che però presenta un elevato interesse anche per le problematiche dei giuspubblicisti: si pensi alla dimensione di genere dei diritti fondamentali che il diritto di famiglia comporta. Il declino fra diritto pubblico e diritto privato è una delle spie dell'evoluzione del diritto<sup>22</sup>, che ha nel diritto comparato una evidente testimonianza, in un vortice 'transdisciplinare' che riguarda ambiti condivisi fra le due grandi suddivisioni del diritto: si pensi all'ambiente<sup>23</sup> e, più recentemente, all'intelligenza artificiale<sup>24</sup>, entrambi settori sui quali i comparatisti devono sforzarsi di offrire sempre di più il loro necessario contributo<sup>25</sup>. In tutte le fasi della comparazione essa si svolge secondo il classico trinomio *comparatum, comparandum e tertium comparationis*. In particolare, quest'ultimo concetto indica non tanto la somiglianza fra gli oggetti della comparazione, quanto piuttosto la loro commensurabilità, che indica che una questione che interessa tale comparazione presenta aspetti comuni fra i primi due termini di essa<sup>26</sup>. Rileva peraltro lucidamente H. Patrick Glenn che «l'attuale dibattito su ciò che è incommensurabile sembra non essere altro che un'ulteriore riformulazione di (alcuni) atteggiamenti occidentali nei confronti del passato – che ora vengono diretti verso il presente – i quali ci dicono che non esiste nessuna dottrina che possa intralciare

<sup>20</sup> G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010.

<sup>21</sup> Da ultimo v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 2019.

<sup>22</sup> G.A. Benacchio, M. Graziadei (a c. di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli 2016; per una ricognizione storica del tema v. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020.

<sup>23</sup> B. Pozzo, *La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le Grandi Epoche del diritto dell'ambiente*, in Benacchio, Graziadei (a c. di), *Il declino della distinzione* cit. 291-333.

<sup>24</sup> M. Belov, *The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford 2021.

<sup>25</sup> D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, Bologna 2022.

<sup>26</sup> Husa, *A New Introduction to Comparative Law* cit. 148.

la nostra individuale, carismatica e razionale capacità decisionale»<sup>27</sup>. Con attenzione, e realismo sull'utilità reale della comparazione fra esperienze molto diverse, è possibile, anzi consigliabile, che l'attività del comparatista riguardi ordinamenti e vicende storicamente e geograficamente lontane dal proprio punto di osservazione (il proprio ordinamento), senza per forza indicare soluzioni o, peggio, improbabili trapianti giuridici.

### III. *Le varie facce del diritto comparato*

Se il diritto comparato può essere disciplina, ontologicamente unica, ciò non esclude, ma anzi implica una sua suddivisione (privato, pubblico, penale, del lavoro, e più recentemente dell'ambiente, delle minoranze, dell'intelligenza artificiale), che giustificerebbe una sua dimensione trasversale. A mio avviso le due cose non si escludono: il diritto comparato è sia disciplina che dimensione che taglia altri saperi e pratiche del diritto. L'aver un oggetto così ampio necessita il ricorso a competenze, anche non giuridiche, ma che possono e devono essere giuridicizzate: è questo il lavoro del giuscomparatista, simile ma diverso da quello dello scienziato politico o sociologo comparatista. Come dice Pierre Legrand, bisogna effettuare un utilizzo di altri saperi «pertinenti all'interpretazione del diritto»<sup>28</sup>.

Sempre Gorla ci ricorda che «il termine 'diritto comparato' si presta ad una certa ambiguità, come ambigue, perché intrecciate e intrecciantisi, sono le varie attività e i vari problemi che si presentano sotto questo termine». Qui sta l'essenza del metodo del diritto comparato, vale a dire la sua interdisciplinarietà, figlia della sua varietà ('le varie attività e i vari problemi') che svela forse la sua essenza 'impura', forse talvolta poco giuridica, se si vuole seguire il dettato di Kelsen, ma anche della dottrina positivista. La sfida da raccogliere è quella di agire comunque all'interno di una dottrina, se non pura, rigorosa, che tiene fermi alcuni principi centrali del diritto (*in primis* la sua natura cogente, che traduce il dover essere) ma che necessita del ricorso di altri saperi: storia, economia, filosofia, antropologia, storia dell'arte, linguistica, scienze pure, ecc.

L'interdisciplinarietà agisce anche all'interno del diritto. In questo senso va la citata crisi della distinzione fra diritto privato e pubblico, il sorgere di nuo-

<sup>27</sup> H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna 2011, 93 s. (originale: *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law, Fourth Edition*, Oxford-New York, 2010).

<sup>28</sup> P. Legrand, *Au lieu de soi*, in Id. (sous la dir. de), *Comparer les droits, résolution*, Paris 2009, 18.

ve sottodiscipline legate a nuove o rinnovate questioni (ambiente, minoranze, intelligenza artificiale) ed anche la ‘contaminazione’, di discipline esterne al diritto, che hanno costituito un esempio per il diritto comparato e che assumono veste giuridica, più o meno marcata, a seconda della necessità di ricorrere agli strumenti del diritto per meglio espletare le loro funzioni. Un caso classico è quello dell’antropologia, la cui metodologia implica una curiosità verso l’altro (certamente anche per motivi non altruistici, come quelli della colonizzazione) condivisa dal diritto comparato, che dunque guarda ai risultati di essa, prendendone spunto (come già fatto con la linguistica<sup>29</sup>) e poi crea una nuova disciplina giuridica, appunto l’antropologia giuridica<sup>30</sup>. Un ambito più recente in cui si apprezza il metodo interdisciplinare, con un ruolo di cerniera del diritto comparato, è quello, legato alla problematica più generale della tutela ambientale, delle *smart cities*: fra la vasta letteratura sull’argomento sono da segnalare tre ricchi volumi, con contributi di esperti di vari campi, anche non giuridici, a cura (non a caso) di un illustre comparatista quale è Giuseppe Franco Ferrari<sup>31</sup>.

#### IV. Comparazione e storia

Vorrei a questo punto affrontare un tema che reputo centrale per la teoria del diritto comparato: quello del rapporto fra storia e comparazione. Scrive Paolo Ridola, nella sua doppia veste di costituzionalista e di comparatista, che deve esserci «la consapevolezza che lo studio della storia costituisce, per l’uno e per l’altro, un bagaglio di metodo (grassetto dell’autore), di conoscenza e di valutazione critica, imprescindibile». Pur con le differenze di formazione e di approccio, che rivelano una distinzione fra storia e comparazione, essi possono, ed in molti casi devono, procedere insieme.

Marie-Claire Ponthreau ci ricorda che è difficile distinguere lo studio comparativo da quello storico: «la modifica degli ordini giuridici è strettamente legata alle influenze ideologiche ed alla circolazione dei modelli istituzionali nella misura in cui queste non lasciano sufficiente tempo per l’istituzionalizzazione

<sup>29</sup> Sulla comparazione fra linguistica e teoria del diritto v. G. Poggeschi, *Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto*, in M. Brutti, A. Somma (a c. di), *Diritto, storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, 419-451.

<sup>30</sup> N. Rouland, *L’anthropologie juridique*, Paris 1995; J. Vanderlinden, *Anthropologie Juridique*, Paris 1996; R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna 2007.

<sup>31</sup> G.F. Ferrari (a c. di), *La prossima città*, Milano-Udine 2017; Id., *Smart City. L’evoluzione di un’idea*, Milano-Udine 2020; Id., *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano-Udine 2021; Id., *Innovazione e sostenibilità per il futuro delle smart cities*, Milano-Udine 2023.

autonoma delle idee giuridiche»<sup>32</sup>. La giurista dell'Università di Bordeaux riconosce la centralità del metodo storico per il comparatista di diritto pubblico, ma non ne rileva alcune specificità, diversamente dal contesto istituzionale in sé che è la cifra della differenza fra i sistemi costituzionali. Più che il diritto privato, è il diritto pubblico l'espressione dell'identità nazionale, e questo è molto importante nella teorizzazione del diritto comparato.

Per Giovanni Bognetti «Il costituzionalista comparatista, da storico, deve cogliere le analogie (e le differenze) esistenti tra le masse in continuo movimento (per vie formali e informali) delle normative costituzionali in diversi ordinamenti. E suo compito imprescindibile è, alla fine, elaborare modelli di istituti, strutture normative, forme di governo, forme di stato, non tanto per riportare sotto di esse, a scopo classificatorio, le fattispecie degli ordinamenti esaminati che appaiono per le loro qualità inseribili in quei quadri concettuali, ma per costruire attorno a un sistema ordinato e coerente di valori, estratti da talune tendenze comuni a certi ordinamenti, un parametro ideale che permetta di valutare fino a che punto ciascun ordinamento ha di fatto realizzato la logica di quei valori, e quale sia la diversa misura di quella realizzazione nell'esame comparato degli ordinamenti. I modelli non trovano mai una vera, concreta attuazione nelle reali esperienze degli ordinamenti, ma offrono il metro per la comprensione approfondita e quantitativamente precisa dei valori a cui essi si ispirano (o non si ispirano), e della realizzazione d'essi di cui sono stati capaci»<sup>33</sup>.

Fra gli studiosi comparatisti attenti al dato storico non può non essere ricordato Sergio Ortino, la cui grande sensibilità per i temi economici gli permise di assumere una veste quasi profetica in alcuni dei suoi ultimi scritti<sup>34</sup>, nei quali affronta con maestria e fantasia il tema della globalizzazione, o meglio, delle conseguenze giuridiche di essa, come aveva a specificare con i suoi collaboratori ed allievi durante le fruttuose discussioni all'interno dell'attività dell'Accademia europea di Bolzano/Bozen, alle quali ho avuto la fortuna di partecipare ormai un quarto di secolo fa<sup>35</sup>.

La storia, come è necessaria per lo studio del diritto senza aggettivi, lo è anche per il diritto comparato, e l'evoluzione dei suoi metodi si riverbera anche su di esso, mettendo lo studioso, storico e giurista, o entrambe le cose (si pensi agli amici e colleghi romanisti, le cui opere possono essere talvolta qualificate

<sup>32</sup> M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris 2021, 54.

<sup>33</sup> G. Bognetti, *Diritto costituzionale comparato. A proposito dell'ultima edizione del manuale di Giuseppe de Vergottini*, in *Rivista AIC* 4, 2011.

<sup>34</sup> S. Ortino, *Il nuovo nomos della terra*, Bologna 1999; *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari 2010.

<sup>35</sup> Insieme ad altri cari amici e colleghi, fra i quali ricordo Francesco Palermo, Eva Pfössl e Jens Woelk.

come ‘diritto comparato storico’<sup>36</sup>) di fronte a nuove sfide, con «nuovi propositi per un binomio antico»<sup>37</sup>, utile, anzi necessario, per capire le dinamiche della globalizzazione e dell’impatto di essa sul diritto.

#### V. *Classifiche, graduatorie, vincenti e perdenti, è tutta una comparazione?!*

Vi sono dunque varie ‘questioni di metodo’, con il primo termine al plurale, e parimenti vi sono, perlomeno per il diritto comparato, vari ‘metodi’, come già indicava Gorla. Utilizzare il singolare forse rivela la *hybris* di noi comparatisti nel voler considerarla una scienza, per essere presi sul serio, stretti fra la morsa di altri pubblicisti ed altri privatisti. Le considerazioni da me svolte nelle pagine precedenti vanno però nella direzione non di ‘prendersi sul serio’ come esponente dei comparatisti, ma di ‘prendere sul serio’ il proprio lavoro, e questo può essere fatto anche se questo lavoro non corrisponde ad una scienza.

Vorrei a questo punto proporre una nota non tanto polemica, ma piuttosto maliziosa: se il diritto va verso una sempre più spiccata interdisciplinarietà, come ho sottolineato per il diritto comparato, ma direi, in maniera più o meno intensa, per tutti i suoi settori, come si concilia questo con la rigida divisione in settori concorsuali? Prima di cercare di risolvere questo dubbio, è bene ricordare, come lucidamente fa Giorgio Resta, la centralità dell’«attitudine classificatoria (che fa parte del metodo comparato, n.d.a.), la quale connota inequivocabilmente il mondo in cui viviamo, dal settore pubblico (si pensi soltanto alla valutazione quantitativa della ricerca universitaria, o al governo tramite ‘indicatori’) al settore privato (l’intera *sharing economy* si basa sulla logica reputazionale e comparativa)»<sup>38</sup>.

Esercizio di comparazione, dunque, e conseguentemente vittoria del diritto comparato? In un certo senso sì, ma vittoria monca, forse solo di una bella partita ma non dell’intero torneo, che è in questo caso quello della valorizzazione del lavoro dei giuristi attraverso la loro valutazione, il che si riverbera su tutta la formazione dei giovani e delle giovani nelle nostre aule universitarie. Il lavoro classificatorio, con le conseguenti etichettature, non tiene conto delle necessità attuali della comparazione, la quale è, come già ribadito, interdisciplinare e trasversale, sia all’interno del diritto che del sapere generale.

<sup>36</sup> Così è senz’altro F. Lamberti, P. Gröscher, F. Milazzo (a c. di), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenza interculturali nell’antichità*, Lecce 2015.

<sup>37</sup> M. Brutti, Somma (a c. di), *Diritto, storia e comparazione per un binomio antico* cit.

<sup>38</sup> Resta, *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 11. Sull’economia circolare, che non corrisponde interamente alla *sharing economy*, ma ne sfrutta le potenzialità, v. M. Cocconi, *La regolazione dell’economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano 2020.

I criteri di classificazione sono certamente utili e probabilmente necessari ad una regolamentazione organizzativa che riguarda la didattica, ma sono agli antipodi della realtà odierna del diritto globale, la cui complessità mal sopporta gli incasellamenti. Questo vale innanzitutto per la già ampiamente citata distinzione fra diritto pubblico e privato, ma in realtà per tutte le materie. Questo ragionamento aiuta la collocazione del diritto comparato a cavallo di tutte le principali aree del diritto, e la sua essenza è quella di un ausilio per la comprensione della complessità del mondo. Il sorgere di nuove (più o meno) discipline giuridiche, quali il diritto ambientale ed il diritto dell'intelligenza artificiale, confermano quanto affermato in precedenza: esse sono tutte quante assolutamente interdisciplinari, e necessitano dell'apporto del diritto comparato. Si tratta di non punire le ricerche interdisciplinari, ma incoraggiarle, rendendole ovviamente funzionali alle varie necessità di ricerca, di didattica e di pratica che si presentano a chi le deve svolgere.

Il rischio del diritto comparato è certamente quello di una trattazione superficiale di troppi e complessi temi: ma la sfida è da raccogliere, è un lusso potersi permettere di chiudersi nel proprio diritto nazionale, non fosse altro che per la partecipazione dell'Italia alla formazione del diritto dell'Unione europea ed alla sua applicazione<sup>39</sup>. Questo è già un fattore intrinseco di comparazione, che rende più agevole la comparazione con gli ordinamenti degli altri Stati membri. Anche la condivisione dello spazio giuridico CEDU è un formidabile vettore per la comparazione.

## *VI. Nuovi ambiti di applicazione del diritto comparato. Conclusioni*

La grande varietà di sottodiscipline del diritto comparato (o, detta con chi ne contesta l'essere materia di per sé, la grande varietà di materie che esso incrocia), permette di offrire altrettanto numerose strategie di ricerca, di didattica e di applicazioni pratiche. Quello che dovrebbe accomunare tutti i comparatisti è il tentativo di porre varie esperienze come base per la comparazione, partendo da un minimo di presupposto coerente (commensurabile) e giungendo a risultati definiti, perlomeno di teoria, ma talvolta (si pensi al lavoro del giudice) anche di pratica. La dottrina, applicata nella didattica delle aule universitarie, deve in questo senso essere di ausilio per la formazione di studenti sempre più consapevoli dell'impossibilità di chiudersi nella propria tradizione giuridica nazionale: ragazzi e ragazze meno provinciali in altre parole.

La consapevolezza dell'utilità del lavoro del comparatista deve andare di pari passo con la sua modestia, e, se non umiltà, del necessario realismo nel porsi

<sup>39</sup> P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010.

in rapporto con tante discipline sempre più complesse. Una dottrina pessimista sostiene la crisi del diritto comparato in quanto esso si impernia sui tre capisaldi non più fermi a causa della disgregazione del paradigma Vestfaliano, «che ha accompagnato la genesi del modello ortodosso della comparazione giuridica: statualismo, positivismo e scientismo»<sup>40</sup>. Ma il termine crisi non significa per forza declino, può comportare anzi una ridiscussione dell'oggetto in questione: il diritto comparato, essendo al crocevia di tanti saperi, risente del cambiamento, ma questo, lungi dal relegarlo a disciplina (o metodo ...) di seconda categoria, lo eleva a strumento di (tentativo di) comprensione di una realtà globale sempre più complessa, intrecciata, ed in continua evoluzione.

Qualche esempio può servire a dimostrare quanto detto: i due grandi temi 'di moda' (per usare un'espressione un po' spregiativa) o 'di attualità' (espressione appena più decente ...), vale a dire il diritto ambientale ed il diritto dell'intelligenza artificiale, si basano entrambi su saperi non giuridici molto complessi, come la geologia, la meteorologia, la biologia, la climatologia, l'ingegneria elettrica o elettronica, la fisica, la matematica, ecc. È ovvio che il giurista non potrà essere un esperto di tutte queste discipline, ma dovrà, puntando anche a precise scelte di linguaggio giuridico rinnovato<sup>41</sup>, assumere almeno le nozioni di base a partire dalle quali sviluppare il ragionamento giuridico, che consiste essenzialmente nel porre regole, di limitazione e/o di libertà (i due ambiti non sono per forza antitetici, un limite a qualcuno corrisponde di solito ad una altrui libertà, e viceversa). Nel fare questo, sarà necessaria l'oculata scelta del materiale cui fare riferimento: anche in questo caso la comparazione assume un ruolo centrale, anche di critica<sup>42</sup>, in quanto dovranno essere scelti i più affidabili fra gli esperti, sulla base di una valutazione, un giudizio<sup>43</sup>, che implica, appunto, una comparazione, effettuata sia da coloro che 'vedono gli alberi', ossia gli esperti di fenomeni locali, che da 'coloro i quali vedono le onde'<sup>44</sup>. Oltre all'oculatezza della scelta delle fonti di conoscenza, non sempre semplice in epoca di *fake*

<sup>40</sup> R. Michaels *Transnationalizing Comparative Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23, 2016, 352 ss. (tratto da Resta, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 30).

<sup>41</sup> P. Phoa, *Narratives in Flux. Language, Digital Technologies, and the Climate Crisis*, in *Comparative Law and Language* 2.2, 2023, 1-9, online in <https://teseo.unitn.it/cll/article/view/2828/2772>.

<sup>42</sup> G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham-Northampton 2013.

<sup>43</sup> A. Somma, *Comparare è giudicare*, in Resta, Somma, Zeno-Zencovich (a c. di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline* cit. 241-263

<sup>44</sup> G. Resta, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 36 s. il quale cita la metafora del professore di letterature comparate Franco Moretti.

*news* e di facile riproducibilità di esse<sup>45</sup>, altre accortezze dovranno essere usate dal giurista/comparatista: fra queste assume un'importanza capitale la capacità di lavorare in squadra. Lo indicava Gino Gorla sessant'anni fa<sup>46</sup>, ed è fondamentale farlo adesso che l'oggetto della ricerca si è moltiplicato, anche se la mole di impegni dei docenti, anche di carattere amministrativo, non rendono facile il compito (oltre che, è onesto ammetterlo, uno spiccato individualismo, giustificato da capisaldi quali la libertà di insegnamento e la libertà di espressione, ma che spesso si traduce in un vizio di autoreferenzialità).

L'attività intellettuale di comparazione è accompagnata, a causa della natura trasversale di questo, dall'evoluzione della scienza e della tecnologia. Il cambiamento del metodo non è solo dunque causato dall'ampliamento dell'oggetto della comparazione, che abbiamo visto esistere, ma non così decisivo da mutarne i connotati e la sua essenza. Come sempre, la scienza e la tecnologia possono al tempo stesso essere di grande *ausilio* per il giurista, come anche costituire, se mal utilizzate, un pericolo: l'intelligenza artificiale assume in questo frangente storico uno straordinario esempio di questa funzione, che però non deve cancellare l'irrinunciabile impronta umana.

Il giurista (e dunque il comparatista) deve avere l'ultima parola nella definizione di limiti e libertà o deve porsi alla pari degli esperti di altre discipline? Io credo che il primato spetti alla politica, declinata nelle sue varie forme e ai diversi livelli territoriali, una politica realmente democratica, espressione della volontà popolare, mediata dalle istituzioni, nelle quali la voce degli esperti dovrà avere ampio spazio, come dovrebbe averlo anche nel dibattito generale, nel *marketplace of ideas* auspicato dal Giudice della Corte suprema Wendell Oliver Holmes più di un secolo fa<sup>47</sup>, dalla cui competizione (che include la comparazione!) può scaturire la verità<sup>48</sup>, o perlomeno l'interpretazione maggioritaria (in quel dato momento) da scegliere. Certamente, anche se questo può non piacere, nella definizione delle regole i giuristi sono necessari, e se sono almeno un po' comparatisti tanto meglio!

Giovanni Poggeschi  
Università del Salento  
giovanni.poggeschi@unisalento.it

<sup>45</sup> Ricordando il fondamentale W. Benjamin, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino 2000 (originale del 1936: *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in Id., *Schriften*, Frankfurt am Main 1955).

<sup>46</sup> Gorla, *Diritto comparato* cit. 946.

<sup>47</sup> D. O'Brien, *The Public's Right to Know. The Supreme Court and the First Amendment*, New York 1981, 75.

<sup>48</sup> G. Poggeschi, *Ridere e deridere. La satira in USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive*, in *Consulta Online* 1, 2018, online in <https://giurcost.org/contents/giurcost/studi/poggeschi.pdf>.

