

# COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

## UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI



A cura di

**Alessandro Somma**

**Vincenzo Zeno-Zencovich**

Studies in Law  
and Social Sciences **6**



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana “Studies in Law and Social Sciences”

6

# COMPARAZIONE E DIRITTO POSITIVO

## UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI

A cura di

**Alessandro Somma**  
**Vincenzo Zeno-Zencovich**



*Roma TrE-Press*  
2021

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

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

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

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

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

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* RomaTrE-Press ©

Roma, maggio 2021

ISBN: 979-12-5977-017-2

<http://romatypress.uniroma3.it>

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



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

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

*Studies in Law & Social Sciences*

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI  
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

*Coordinatore*

ANDREA ZOPPINI

*Comitato Scientifico*

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

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

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



## Indice

PREMESSA di ALESSANDRO SOMMA e VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	1
--	---

### DIRITTO AGRARIO

ANTONIO IANNARELLI, <i>Comparazione e diritto agrario</i>	7
---	---

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

LUCA DE LUCIA, <i>Comparazione e sfide del diritto amministrativo</i>	21
---	----

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>La comparazione dei diritti amministrativi nello spazio giuridico europeo</i>	41
--	----

GIULIO NAPOLITANO, <i>Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo comparato: acerrimi nemici o migliori amici?</i>	59
--	----

### DIRITTO COMMERCIALE

VINCENZO CARIELLO, <i>In cammino verso la comparazione nel e per il diritto societario (a favore di un'ermeneutica della comparazione)</i>	75
--	----

### DIRITTO DEL LAVORO

LORENZO GAETA, <i>La comparazione nel diritto del lavoro italiano</i>	183
---	-----

### DIRITTO E RELIGIONE

ENRICA MARTINELLI, <i>Per una lettura epistemologica del diritto comparato delle religioni</i>	207
--	-----

ROBERTO MAZZOLA, <i>Diritti inutili? La variabile "religiosa" nelle dinamiche del diritto comparato</i>	227
---	-----

### DIRITTO PENALE

ALESSANDRO BERNARDI, <i>Sul ruolo della comparazione nel processo di europeizzazione del diritto penale</i>	251
---	-----

MASSIMO DONINI, <i>I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica</i>	281
--	-----

GABRIELE FORNASARI, <i>L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico</i>	319
--	-----



## DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

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

LUCA PASSANANTE, *I metodi del diritto processuale civile: tra diritto positivo e comparazione* 341

## DIRITTO PROCESSUALE PENALE

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

## CONCLUSIONI

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Un diritto comparato dialogante* 377

ALESSANDRO SOMMA, *Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo* 381

NOTIZIE SUGLI AUTORI E LE AUTRICI 413

## *Premessa*

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018. Il volume è liberamente accessibile in rete: [www.rg.mpg.de/gplh\\_volume\\_11](http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_11).

cui partecipanti si sono interrogati sui loro oggetti, scopi e metodi<sup>2</sup>.

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

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

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

Alessandro Somma

Vincenzo Zeno-Zencovich

---

<sup>2</sup> G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2021.

## Alessandro Somma

### *Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo*

SOMMARIO: 1. Il successo del diritto comparato e i dilemmi dei suoi cultori – 2. Comparazione come metodo vs comparazione come scienza – 3. Come unire e come dividere: i metodi del diritto comparato – 4. Comparazione scienziata e comparazione impegnata – 5. Diritto positivo, sistemologia e genealogia – 6. Classificazione dei sistemi e dimensione nazionale del diritto – 7. Funzione sovversiva del diritto comparato? – 8. A mo' di conclusione: sulle tensioni tra comparazione e diritto europeo.

#### *1. Il successo del diritto comparato e i dilemmi dei suoi cultori*

In un mondo sempre più segnato dall'intreccio delle esperienze giuridiche, la comparazione ha assunto un ruolo oramai centrale nell'insegnamento e nella ricerca. I raffronti sono all'ordine del giorno, e coinvolgono gli ordinamenti nazionali così come quelli riferibili a contesti trascendenti la dimensione nazionale: ordinamenti riconducibili agli Stati, internazionali e sovranazionali, così come ordinamenti di fonte privatistica, infranazionali o transnazionali. E lo stesso vale per lo studio di singole esperienze giuridiche, la cui illustrazione a beneficio di una platea diversa da quella dei suoi appartenenti implica se non altro un ricorso almeno implicito ai raffronti<sup>1</sup>.

A queste condizioni i cultori del diritto comparato possono forse rivendicare una primogenitura nel ricorso alla pratica dei raffronti, ma non certo una esclusiva. I raffronti, con intensità variabile ma comunque rimarchevole, sono invero ricorrenti in tutte le discipline coincidenti con le diverse partizioni del diritto positivo. Lo sono in quelle più tradizionali, dove le ricerche incentrate sul diritto interno sono ora considerate carenti e in qualche modo irrispettose dello statuto epistemologico della materia, e a maggior ragione in quelle di più recente identificazione: se non altro in

---

<sup>1</sup> Non pochi giuscomparatisti sono soliti tracciare una netta distinzione tra diritto comparato e diritto straniero. Questa può però essere sostituita da quella fra comparazione condotta secondo canoni corretti, anche se volta a ricostruire una singola esperienza giuridica, e comparazione difettosa: ad es. U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, München 2015, p. 2 s.

quanto il loro riconoscimento come scienze autonome è avvenuto con il contributo determinante della comparazione.

Per molti aspetti si potrebbe dire che il successo del diritto comparato è tale da mettere in discussione la sua identificazione quale autonomo campo del sapere giuridico: come se la sua pratica avesse rappresentato una sorta di provocazione, cui i cultori del diritto comparato amano del resto alludere nel momento in cui evocano la funzione sovversiva della loro materia, di cui ora non si sente più il bisogno. Il che non stupisce, trattandosi di una situazione comune alle discipline in cui il ricorso alla comparazione appartiene fin da subito al loro statuto epistemologico, o in alternativa si è nel tempo definitivamente affermato. In quelle discipline, tra le quali spiccano la sociologia e la storia, il rifiuto di riconoscere alla comparazione la dignità di scienza autonoma indica una piena e definitiva assunzione del relativo approccio allo studio della materia, e non anche la volontà di emarginarlo: esprime il convincimento per cui «la comparazione è tacito fondamento delle scienze sociali contemporanee»<sup>2</sup>.

Il quadro dal quale ricavare il radicamento della comparazione entro il sapere giuridico è tuttavia più complesso di come appare. Possiamo sicuramente rilevare una diffusione di studi di carattere microcomparatistico, incentrati su singoli istituti o comunque su specifici aspetti delle discipline di volta in volta considerati dai cultori del diritto positivo. Lo stesso non vale però per le ricerche di ordine macrocomparatistico, quelle utili a identificare la famiglia di sistemi cui ricondurre l'ordinamento di cui si indaga uno specifico aspetto, ricavando così una serie di implicazioni senza doverle direttamente approfondire<sup>3</sup>. Neppure vale per la costruzione dello strumentario utilizzato nelle analisi in cui rileva, più che la classificazione di un ordinamento connessa all'identificazione delle analogie e differenze riscontrate in ordine a specifici aspetti, la descrizione del movimento da cui queste hanno preso corpo: ovvero le analisi in cui si prendono in considerazione le modalità della mutazione giuridica e dunque le dinamiche della circolazione dei modelli da un punto di vista genealogico<sup>4</sup>, anch'esse

---

<sup>2</sup> A. PIRNI, *Sociologia e comparazione. Alla ricerca dello spazio istituzionalizzato*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2020, p. 155.

<sup>3</sup> I confini tra microcomparazione e macrocomparazione, per quanto mobili, sono sufficientemente nitidi: per tutti M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II ed., C.H. Beck, München 1987, p. 31 ss.

<sup>4</sup> Su cui ad es. A. SOMMA, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1217 ss.

condotte dai cultori del diritto positivo ricorrendo a strumenti mutuati dai cultori del diritto comparato.

Più in generale si deve ai giuscomparatisti la messa a punto delle modalità attraverso cui condurre i raffronti, la cui definizione è di norma assente dall'orizzonte di studio dei cultori del diritto positivo. Non si può infatti concordare con chi ritiene che le scienze impegnate a riflettere sul loro metodo sono «malate» esattamente come «gli uomini che si tormentano con l'introspezione»<sup>5</sup>: quella del raffronto è un'arte complessa, che indubbiamente può essere ridotta a un insieme di indicazioni usufruibili dai più, ma che presuppone riflessioni articolate e costantemente bisognose di essere verificate alla luce di quanto emerge nel campo delle scienze sociali e umane<sup>6</sup>.

Insomma, se la comparazione giuridica riscuote ora un notevole successo, questo non mette fuori gioco i comparatisti, se non altro in quanto punto di riferimento per l'elaborazione delle coordinate sistemologiche e metodologiche a partire dalle quali condurre i raffronti. Del resto, se il diritto comparato «non è un corpo di regole e principi» bensì «un modo di guardare ai problemi giuridici, alle istituzioni giuridiche e ai sistemi giuridici nel loro insieme»<sup>7</sup>, i suoi cultori possono vantare una competenza specifica in ordine alla «preparazione del terreno» a beneficio dei «giuristi che utilizzeranno, semplicemente, la comparazione»<sup>8</sup>. I giuscomparatisti non possono tuttavia fare lo stesso in ordine al raffronto tra diritti positivi, la cui pratica costituisce l'occupazione specifica dei suoi cultori, come detto oramai consapevoli della sua centralità.

Con ciò non si vogliono però identificare steccati entro cui promuovere un approccio autoreferenziale a specifiche porzioni dello studio del fenomeno diritto. Si vuole al contrario rimarcare come questo sia una intrapresa necessariamente collettiva anche e soprattutto perché bisogna di combinare diversi punti di vista e diverse sensibilità disciplinari, che occorre sicuramente riconoscere nella loro specificità ma altrettanto sicuramente nella loro parzialità. Di qui l'imprescindibilità di un dialogo tra cultori del diritto positivo e cultori del diritto comparato, esattamente come tra questi e i cultori della storia del diritto, della sociologia del diritto,

<sup>5</sup> G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, IX ed., K.F. Koehler, Stuttgart 1952, p. 242.

<sup>6</sup> Citazioni in A. SOMMA, *Comparare è giudicare*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENOVICH (a cura di), *Comparare*, cit., p. 241 ss.

<sup>7</sup> R.B. SCHLESINGER et al., *Comparative Law. Cases text materials*, VI ed., Foundation Press, New York 1998, p. 2.

<sup>8</sup> Già R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (1978), III ed., Cedam, Padova 1980, p. 10.

della filosofia del diritto e delle materie in genere non qualificabili in termini di diritti positivi: materie come è noto tradizionalmente in dialogo con la comparazione giuridica<sup>9</sup>.

Ovviamente il dialogo tra saperi parziali richiede il riconoscimento di una pari dignità in capo a coloro i quali vi prendono parte, che spesso non viene testimoniata o almeno non oltre le mere affermazioni di facciata: talvolta per un senso di superiorità dei cultori del diritto positivo, talaltra per forme di arroccamento dei giuscomparatisti impegnati a difendere i confini della loro materia. Non è però più tempo di chiusure, tanto più che queste si sono oramai appalesate come il portato di una organizzazione burocratica del sapere accademico sempre più dannosa per il progredire delle conoscenze attorno al fenomeno diritto.

## 2. *Comparazione come metodo vs comparazione come scienza*

Prima di concentrarci sulle potenzialità del dialogo tra cultori del diritto positivo e giuscomparatisti che emergono dai contributi raccolti in questo volume, occorre dire di un tema attorno al quale i secondi amano spendere numerose riflessioni: la qualificazione del loro sapere in termini di scienza e il conseguente rifiuto di considerarla un semplice metodo. Tema anche questo interessato da dinamiche prettamente accademiche, se non altro in quanto una simile qualificazione costituisce un presupposto per la creazione di insegnamenti dedicati, ma non per questo privo di notevole interesse dal punto di vista culturale.

Di questi aspetti ci siamo appena occupati per rimarcare come nelle scienze umane e sociali il mancato riconoscimento della comparazione come autonomo campo del sapere non prelude al ridimensionamento del suo ruolo: indica al contrario la consapevolezza di quanto il suo impiego sia un punto di riferimento radicato e imprescindibile. Va peraltro detto che la comparazione privata della dignità di scienza viene valutata alla stregua di un metodo, il che stride con quanto i giuscomparatisti amano ripetere: che il loro campo del sapere non costituisce un semplice metodo proprio perché

---

<sup>9</sup> Superfluo ricordare i motti «history involves comparison» e «comparison involves history», il primo coniato da F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written* (1888), in H.A.L. FISHER (a cura di), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, I, Cambridge University Press, Cambridge 1911, p. 488, e il secondo da G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 930.



si può farne uso ricorrendo a una pluralità di metodi<sup>10</sup>.

Non solo. Considerando il diritto comparato alla stregua di un metodo si finisce per degradarlo a «mera tecnicità»<sup>11</sup>: a fredda misurazione di comunanze e differenze, in quanto tale effettivamente passibile di essere condotta secondo modalità univoche o comunque discutibili dal solo punto di vista della loro corretta applicazione. E questo non è a ben vedere il fine di molti tra i giuristi che, soprattutto in passato, hanno fatto leva sulla distinzione tra diritto positivo e diritto comparato per ritenere il secondo «primariamente un metodo»<sup>12</sup>. Sono infatti gli stessi giuristi che sottolineano come la comparazione completi la conoscenza storica del diritto intesa come conoscenza allargata a «manifestazioni giuridiche parallele»: al «sorgere, svilupparsi, decadere o resistere delle singole istituzioni presso i vari popoli»<sup>13</sup>. O che in alternativa accostano la comparazione allo studio sociologico del diritto, in quanto tale volto a indagare le soluzioni effettivamente adottate dai diritti vigenti, ovvero a considerare «non solo l'osservanza ma anche l'inosservanza della legge»<sup>14</sup>.

Anche nelle scienze sociali e umane diverse dal diritto, nella quali è tuttora ricorrente l'accostamento della comparazione al metodo, questo non appare il preludio di una sua riduzione a mera tecnicità: non implica la credenza secondo cui vi sia un solo modo di condurre raffronti e deve pertanto essere relativizzato. Diffuso è infatti il convincimento che, sebbene non sia elevata al livello di una scienza, la comparazione «non occupi il medesimo posto degli altri metodi»: che sia una «strategia di ricerca», in quanto tale interessata dai medesimi problemi della ricerca sociale in genere, e che dunque non siano possibili indicazioni univoche circa il modo di condurla. Comparare significa anzi assumere un punto di vista che impone un ampliamento della dimensione spazio temporale, con ciò evidenziando una molteplicità di profili problematici altrimenti scarsamente visibili,

<sup>10</sup> Per tutti G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford etc. 2014, p. 13 s.

<sup>11</sup> G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique* (2016), Elgar, Cheltenham etc. 2019, p. 40.

<sup>12</sup> R. SCHLESINGER et al., *Comparative Law*, cit., p. 2 (la I ed. dell'opera è del 1950). Anche O. KAHN-FREUND, *Comparative law as an academic subject*, in 82 *Law. Quart. Rev.*, 1966, p. 41.

<sup>13</sup> F. MESSINEO, *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1931, p. 14 s.

<sup>14</sup> T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato* (1949), in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, p. 41 s. Anche ID., *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), *ivi*, p. 12.

perché occultati dalla dimensione municipale della ricerca<sup>15</sup>.

Che la comparazione sia semplicemente un metodo, viene sostenuto soprattutto nell'ambito dei saperi che la considerano un surrogato dell'esperienza: una modalità per verificare, attraverso raffronti tra oggetti considerati assimilabili, le ipotesi formulate dallo studioso. È questo l'approccio tradizionale della linguistica comparata, sorta nel corso dell'Ottocento per operare raffronti tra le lingue indoeuropee mettendo in luce, oltre ai nessi lessicali, anche quelli sul piano grammaticale e morfologico: per tale via si iniziò a ricostruire la protolingua delle lingue indoeuropee, lingua preistorica estinta senza lasciare testimonianze<sup>16</sup>. Nel tempo le cose si sono però modificate: si continua a promuovere l'utilizzo della comparazione come surrogato dell'esperienza, ma si richiede tuttavia di differenziare il metodo comparativo dall'interpretazione dei risultati acquisiti per il suo tramite. Si precisa poi che l'interpretazione deve sopperire ai vizi prodotti dalla visione distorta che il metodo comparativo fornisce della mutazione linguistica<sup>17</sup>. E ciò equivale ad ammettere che quel metodo è destinato a combinarsi con altri approcci, quindi a generare una pluralità di metodi, tutti ricavati dalla pratica del raffronto, da condurre tuttavia secondo schemi non riducibili a unità.

Quest'ultima conclusione viene esplicitata in altre scienze sociali che utilizzano la comparazione. Nella scienza politica, ad esempio, si parla del «metodo comparativo» come di uno strumento con cui «identificare meccanismi di causa effetto», per poi «spiegare i fenomeni osservati attraverso i fattori che li influenzano con una certa regolarità»<sup>18</sup>. Il metodo comparativo viene però diffusamente analizzato nella sua combinazione con altri metodi, dando vita così a una sorta di catalogo di metodi comparativi legati ad altrettanti approcci alla materia<sup>19</sup>. Similmente nell'economia comparata si mostra di ritenere la comparazione un metodo, che deve tuttavia coordinarsi con diversi «criteri per la valutazione delle economie»<sup>20</sup>, generando così una pluralità di opzioni metodologiche.

<sup>15</sup> C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, La Découverte, Paris 2005, p. 16 ss.

<sup>16</sup> Per tutti J. CLACKSON, *Indo-European linguistics: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 2007, p. 1 ss.

<sup>17</sup> A. FOX, *Linguistic Reconstruction. An Introduction to Theory and Method*, Oxford University Press, Oxford 1995, p. 137 ss.

<sup>18</sup> S. VASSALLO, *Politica comparata*, in ID. (a cura di), *Sistemi politici comparati*, II ed., Il Mulino, Bologna 2016, p. 23.

<sup>19</sup> Ad es. D.-L. SEILER, *La méthode comparative en science politique*, A. Colin, Paris 2004, p. 45 ss.

<sup>20</sup> J.B. ROSSER jr. e M.V. ROSSER, *Comparative Economics in a Transforming World Economy*, III ed., Mit Press, Cambridge Mass. etc. 2018, p. 17 ss.

Insomma, se anche si nega alla comparazione la dignità di scienza, ed eventualmente la si riduce a metodo, ciò non porta a conclusioni diverse da quelle cui giungono i giuscomparatisti: vi sono più modi di condurre i raffronti.

Lo stesso sembra ricavarsi dalle riflessioni dei giuristi positivi, presso i quali è ricorrente l'indicazione secondo cui la comparazione costituisce un metodo. Esemplificativo lo stato dell'arte nel diritto commerciale, dove è risalente l'affermazione che «non esiste e non può esistere un diritto comparato», e che pertanto si può unicamente «parlare di metodo comparato nello studio dei problemi giuridici»<sup>21</sup>. Questa affermazione si deve infatti leggere alla luce della precisazione altrettanto risalente che la comparazione «rientra tra le discipline storiche e sociologiche», il che evidentemente basta a chiamare in causa l'esistenza di più modi di condurre i raffronti, sebbene tutti accomunati dalla loro alterità rispetto a quelli in uso negli «studi di dogmatica giuridica»<sup>22</sup>. Il tutto ripreso nel contributo che in questo volume è dedicato alla disciplina, dove si discute di «metodo comparatistico» e nel contempo lo si reputa relativo all'impiego di tecniche di analisi dell'esperienza giuridica, incluse quelle volte a denunciare «le precomprensioni e quant'altro di colui alla cui comparazione ci si affida» (Cariello): tecniche come si intuisce incapaci di essere racchiuse entro i confini di una prospettiva metodologica unitaria.

Stesso discorso per il diritto amministrativo, entro cui la comparazione viene presentata come «approccio metodologico» concernente la trattazione di «complesse questioni teoriche e culturali» (Napolitano): si allude con ciò all'assunzione di una pluralità di punti di vista tutti finalizzati a superare il metodo scientifico di impronta pandettistica «nella direzione di un più pronunciato realismo giuridico» (De Lucia), non per questo riducibile a un paradigma univoco. Così come per il diritto del lavoro, nel quale i riferimenti al «metodo comparato» sono pensati in combinazione con i paradigmi politico normativi succedutisi nelle varie fasi della disciplina (Gaeta), e per diritto e religione: dove si sottolinea il ruolo del «background culturale» dello studioso (Martinelli) ma anche l'«elemento di complessità» introdotto «nelle dinamiche e nella geometria della scienza comparata» dal «fattore religioso» (Mazzola). E per il diritto penale, i cui cultori discutono

<sup>21</sup> T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., p. 41 s. Sulla figura di Tullio Ascarelli comparatista, da ultimo M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Plank Institute for European Legal History, Frankfurt M. 2018, p. 219 ss.

<sup>22</sup> T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 12.

di un metodo comparatistico strumentale «con funzione anche valutativa e politica» (Donini), che in quanto tale non si presta certo a essere declinato in modo univoco.

### 3. *Come unire e come dividere: i metodi del diritto comparato*

Se il diritto comparato, anche per coloro i quali non lo reputano una scienza autonoma, può essere praticato ricorrendo a una pluralità di metodi, è allora opportuno fornire alcune indicazioni su quelli più utilizzati. Questo aspetto è tra i meno approfonditi dai cultori del diritto positivo, il che non stupisce: il suo studio si annovera tra le tematiche sulle quali i cultori del diritto comparato possono vantare competenze e conoscenze specifiche<sup>23</sup>. Ciò non legittima però i secondi a operare in assenza di confronto con i primi: le acquisizioni dei giuscomparatisti devono essere verificate sul campo, in dialogo con chi concentra la sua attenzione sul diritto positivo a partire da indagini fondate sui raffronti.

Prima di dedicarci al tema, è opportuno precisare che i metodi della comparazione giuridica non possono essere valutati come più o meno appropriati in termini assoluti. Se una valutazione potrà farsi, dovrà orientarsi alle finalità che si propone l'autore del raffronto: in particolare esaltare le differenze, o al contrario sottolineare le analogie degli oggetti messi a confronto. Rispetto a queste finalità vi sono cioè metodi adatti a realizzare una comparazione che divide, di tipo identitario, e metodi più consoni invece a una comparazione che unisce, orientata all'uniformazione.

Il ricorso a un simile schema sembra pacifico per le scienze storiche, dove si assume che esse possono essere praticate ricorrendo a più modalità, tutte in buona sostanza riconducibili al proposito di ottenere ricostruzioni «generalizzanti», o in alternativa «individualizzanti»<sup>24</sup>. Lo stesso non viene esplicitato per il diritto comparato, sebbene risulti almeno implicito nel rilievo che la comparazione, al pari di ogni discorso intorno al diritto, esprime inesorabilmente l'indirizzo culturale del suo autore: «anche se il mestiere del comparatista non è giudicare, comparare è sempre giudicare»<sup>25</sup>.

Per documentare l'opportunità di discutere dei metodi della comparazione

---

<sup>23</sup> Per tutti P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham etc. 2012.

<sup>24</sup> Ad es. H. KAEUBLE, *Der historische Vergleich. Eine Einführung zum 19. und 20. Jahrhundert*, Campus, Frankfurt M. etc. 1999, p. 25 ss.

<sup>25</sup> P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Puf, Paris 1999, p. 56 s.

in connessione con l'agenda dello studioso che vi ricorre, e in particolare con il proposito di promuovere l'assimilazione o la differenziazione degli oggetti del raffronto, possiamo muovere dalla letteratura sociologica che ha approfondito questi aspetti in termini generali, ovvero con riferimento alla comparazione in quanto tale. Possiamo cioè prendere spunto da chi analizza la struttura logica della comparazione, ridotta nella sua essenza di «confronto degli stati di due oggetti su una proprietà»<sup>26</sup>.

Ebbene, esaltando il profilo delle proprietà si otterrà facilmente una comparazione che unisce perché scarsamente attenta alla dimensione spazio temporale degli oggetti. Se invece si concentrerà l'attenzione su questi ultimi, ovvero sul contesto in cui essi sono calati, le differenze emergeranno con forza maggiore e si produrrà così una comparazione idonea a dividere. Di qui l'utilità di discutere di metodologia dei raffronti dal punto di vista dei due esiti opposti appena indicati, e in particolare di teoria dei formanti e di analisi funzionale, di interesse per chi intenda operare raffronti unificanti, e di comparazione postmoderna, cui ricorrere ove si miri invece a realizzare raffronti identitari<sup>27</sup>.

Soprattutto in area italiana i cultori del diritto comparato hanno sviluppato la loro critica al positivismo ricorrendo alla teoria dei formanti. Questi sono le diverse componenti del diritto, i «vari tipi di regola e di proposizione» che sono «tenuti distinti nel discorso del giurista, il quale parla di norme legali, proposizioni dottrinali, regole giurisprudenziali, ecc.». Quelle componenti sono di norma riconosciute dai cultori del diritto interno, i quali tuttavia le analizzano nel rispetto del principio dell'unicità della regola del diritto, ovvero preservando la coerenza interna al sistema. Registrano cioè la pluralità di letture che di un testo legislativo possono essere fornite, ma finiscono poi inesorabilmente per esercitarsi nell'individuazione dell'unica lettura ritenuta corretta. Parlando di formanti il comparatista intende allora sottolineare il suo diverso approccio all'analisi delle componenti del diritto: rileverà l'eventuale incoerenza tra di esse, e in tal senso concentrerà la sua attenzione sulla dissociazione tra formanti<sup>28</sup>.

La rottura prodotta dalla teoria dei formanti rispetto a quanto costituisce il fondamento ideale del positivismo giuridico è dunque evidente. E tuttavia essa non può andare esente da critiche, in quanto induce a coltivare un approccio scienziata tipico delle correnti di pensiero che

<sup>26</sup> A. MARRADI, *Introduzione all'edizione italiana*, in N.J. SMELSER, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Il Mulino, Bologna 1982, p. 13.

<sup>27</sup> Per tutti R. FIDELI, *La comparazione*, F. Angeli, Milano 1998.

<sup>28</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino 2019, p. 55 ss.

intende combattere, in ultima analisi riconducibile alla sua combinazione con lo strutturalismo, ovvero con un approccio che conduce a trascurare il dato storico. Invero le strutture sono tali in quanto «sopravvivono in condizioni economiche, sociali e politiche molto differenti» e «ciò significa che esse molto difficilmente possono riflettere in modo adeguato il sistema di potere o il sistema economico sottostante»<sup>29</sup>. Tanto che il teorico della «dottrina pura del diritto» ben può essere ritenuto uno strutturalista *ante litteram*, il quale affidava oltretutto proprio alla comparazione il compito di identificare l'essenza del diritto in quanto fenomeno dissociato dalle sue coordinate di spazio e di tempo<sup>30</sup>. Detto questo, la teoria dei formanti resta un metodo appropriato per chi intenda operare raffronti esaltando il profilo delle identità, e nel contempo contribuire al superamento del positivismo in quanto approccio incompatibile con uno sguardo comparatistico sul fenomeno diritto.

Stesso discorso per l'analisi funzionale, utilizzata soprattutto in area tedesca per contrastare l'ortodossia teorica dei cultori del diritto positivo conducendo raffronti a partire da domande poste in termini fattuali e non concettuali: le soluzioni tecnico giuridiche possono infatti essere differenti da quelle contemplate dal «sistema concettuale tipico del proprio sistema di diritto»<sup>31</sup>. I fautori di questo metodo aggiungono però la precisazione per cui, se anche presentano «differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico teorica e nello stile delle applicazioni pratiche», ordinamenti giuridici diversi adottano soluzioni in tutto e per tutto assimilabili: tanto da autorizzare il comparatista a muovere dalla «presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche»<sup>32</sup>.

Non solo. I fautori del metodo funzionale reputano opportuno condurre raffronti unicamente tra regole che assolvono alla medesima funzione: una limitazione insostenibile, che oltretutto fa apparire come una verità autoreferenziale la presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche, e come un esito inevitabile l'esaltazione delle comunanze come finalità del raffronto. Di qui la conclusione che il metodo funzionale costituisce forse un «approccio avanzato» alla comparazione giuridica, tuttavia nell'ambito

---

<sup>29</sup> A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, II ed., Georgia University Press, Athens etc. 1993, p. 107.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 1967, p. 173.

<sup>31</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* (1984), I, Giuffrè, Milano 1998, p. 37 ss.

<sup>32</sup> K. ZWEIGERT, *Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in AA.VV., *Scopi e metodi del diritto comparato*, Cedam etc., Padova etc. 1973, p. 737 s.

di una sua declinazione in senso «tradizionale»: trascura il contesto in cui è calato il fenomeno diritto, o comunque lo considera limitatamente alla sua funzione<sup>33</sup>, tanto da ridursi a valorizzare i soli concetti e smentire così le premesse a partire dalla quali è stato concepito<sup>34</sup>. Ciò peraltro non toglie che l'analisi funzionale sia un metodo particolarmente adatto a chi intenda ricorrere ai raffronti per promuovere uniformità e convergenza, e a farlo con modalità alternative a quelle promosse dall'ortodossia teorica.

Detto questo, la comparazione unificante realizza un travisamento del significato etimologico di «comparazione», che implica il mettere alla pari, tuttavia non per rendere omogeneo, bensì per consentire la «coesistenza pacifica di quanto viene considerato uguale». Il tutto preservando le differenze tra gli oggetti analizzati<sup>35</sup>: i raffronti devono fare emergere «la singolarità nella quale ciascun diritto è sempre già inscritto», se non altro perché «la differenza riconosciuta è la condizione di qualsiasi incontro autentico»<sup>36</sup>. La comparazione giuridica deve cioè assumere i contorni di un raffronto tra discorsi attorno al diritto unici e contingenti, destinato a concentrarsi sulle vicende da cui quei discorsi derivano la loro alterità e «ambiguità», e a trascurare invece gli elementi da cui si pretendono di ricavare «analogie e parallelismi». Di qui la definizione dell'analisi comparativa come analisi «differenziale», sviluppata a partire dalla constatazione che «il diritto non conosce che la diversità», e che gli ordinamenti giuridici sono «incommensurabili»<sup>37</sup>.

Va nella medesima direzione l'invito ad assumere la tutela dell'identità a motivo ispiratore dei raffronti: come esplicitato da chi pratica la comparazione giuridica postmoderna nella sua essenza di metodo contestualista contrapposto in particolare al metodo funzionale<sup>38</sup>.

Il fine ultimo è il contrasto di quanto incarnato dal progetto della modernità e dalle sue tensioni unificanti, in ultima analisi volte alla forzata standardizzazione delle relazioni umane: ciò che nella terminologia weberiana si definisce in termini di «schematizzazione coercitiva dell'esistenza»<sup>39</sup>, e i fautori del postmoderno stigmatizzano come «programmazione della totalità

<sup>33</sup> M. VAN HOECK, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in 47 *Int. Comp. L. Quart.*, 1998, p. 495.

<sup>34</sup> G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, cit., p. 54.

<sup>35</sup> H.P. GLENN, *The national legal tradition*, in 11 *El. J. Comp. L.*, 2007, p. 15.

<sup>36</sup> P. LEGRAND, *Le droit comparé*, V. ed., Paris, 2015, p. 94.

<sup>37</sup> P. LEGRAND, *L'analyse différentielle des juriscultures*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1999, p. 1053 ss.

<sup>38</sup> Cfr. T. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della creatività. Verso un approccio flessibile*, in *Ann. dir. comp.*, 2019, p. 185 s.

<sup>39</sup> M. WEBER, *Economia e società* (1922), III, Edizioni di Comunità, Torino 2000, p. 85.

sociale»<sup>40</sup>. Di qui la definizione di un'agenda militante per il comparatista, chiamato a evidenziare le diversità contro i tentativi di soffocarle attraverso l'esaltazione delle comunanze, quindi a concentrare l'attenzione sulle «coordinate di tempo e di luogo» e persino sulla «fugacità»: per promuovere «l'identità culturale dei popoli come degli individui», elevando il pluralismo a «valore giuridico»<sup>41</sup>. È evidente che il cultore del diritto positivo non dovrà farsi carico delle complessive finalità perseguite dalla comparazione postmoderna, ma è altrettanto evidente che da essa ricaverà indicazioni metodologiche particolarmente utili a produrre raffronti identitari.

Accanto ai metodi finora considerati, se ne può indicare uno diverso, a ben vedere non qualificabile dal punto di vista della sua idoneità a produrre raffronti unificanti o identitari. Il metodo cui facciamo riferimento ha valenza marcatamente antipositivista, in quanto prescrive al comparatista di ritenere giuridiche tutte le regole capaci di orientare lo stare insieme come società, e a monte di prendere in considerazione quali fonti del diritto tutte le entità capaci di esercitare un simile condizionamento. Lo stesso metodo richiede poi di attribuire un significato a quelle regole considerando che non vi può essere corrispondenza biunivoca tra costruzioni tecnico giuridiche e concrete modalità di esercizio di quel potere, se non altro perché l'interpretazione dei precetti è una pratica essenzialmente politica, costitutiva del loro senso<sup>42</sup>. Di qui la fondamentale indicazione di ordine metodologico sia per chi voglia promuovere una comparazione unificante, sia per chi intenda invece confrontare per far emergere le identità: occorre procedere a una dissociazione fra tecniche giuridiche e valori alla cui implementazione quelle tecniche sono rivolte<sup>43</sup>. Per ricavare così un nesso tra società e diritto, diversamente da quanto avviene in particolare con lo strutturalismo, anche per questo ritenuto affetto da scientismo. Con la precisazione, però, che il nesso deve essere colto sul piano discorsivo come relazione, essenzialmente instabile, tra le tecniche utilizzate dal potere e i valori che il potere intende promuovere attraverso il controllo sul discorso giuridico.

---

<sup>40</sup> J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), Feltrinelli, Milano 1999, p. 27.

<sup>41</sup> E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 813 ss.

<sup>42</sup> Simile la distinzione tra «la struttura di un istituto e la sua reale funzione» cui allude T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato*, cit., p. 57 s., sebbene senza adottare un punto di vista radicalmente antipositivista come quello proposto nel testo.

<sup>43</sup> In economia uno schema assimilabile è stato sviluppato nell'ambito della teoria della regolazione, distinguendo tra il «regime di accumulazione» o modello di crescita alimentato dalle diverse varietà di capitalismo, e la relativa architettura istituzionale o «modo di regolazione»: per tutti R. BOYER, *The Regulation School: A Critical Introduction*, Columbia University Press, New York 1990.



Come si vede, l'ermeneutica qui valorizzata è quella a vocazione nichilista, diversa da quella tradizionale, reputata una mera «teoria della molteplicità degli schemi concettuali»<sup>44</sup>, ovvero che si limita evidenziare la «storicità degli orizzonti di verità». La prima ermeneutica mira infatti a rappresentarsi come pratica intellettuale costitutiva della verità stessa: ovvero che produce «una verità radicalmente storica»<sup>45</sup>. Di qui la differenza rispetto ai cultori del diritto positivo che pure valorizzano l'ermeneutica nell'ambito del loro ricorso alla comparazione: lo vedremo fra breve.

#### 4. *Comparazione scienziata e comparazione impegnata*

Torniamo alla qualificazione del diritto comparato alla stregua di una scienza, per segnalare come essa debba essere valutata alla luce di una polemica sorta attorno all'individuazione degli scopi della materia. Polemica vivace soprattutto negli anni in cui la disciplina lottava per il suo riconoscimento accademico, e dunque alimentata da dinamiche diverse da quelle culturali in senso stretto. Ciò non toglie peraltro che il tema appassioni ancora oggi, e che la sua trattazione abbia implicazioni non secondarie anche per il rapporto tra comparazione e diritto positivo.

Tra i cultori del diritto comparato è usuale comporre elencazioni di specifiche finalità cui la loro disciplina dovrebbe mirare, prime fra tutte quelle concernenti l'unificazione internazionale del diritto o più in generale la convergenza dei diritti nazionali. Quest'ultima finalità è in qualche modo costitutiva della moderna comparazione giuridica<sup>46</sup>, che sorge dunque sotto forma di comparazione che unisce: è la finalità indicata come il principale obiettivo cui devono tendere i raffronti nel corso del celeberrimo congresso parigino tenutosi durante l'Esposizione universale all'alba del ventesimo secolo: quando ai comparatisti si diede il compito di individuare le tendenze diffuse negli ordinamenti con caratteristiche economiche e sociali assimilabili, ovvero accomunati dalla condivisione di un medesimo livello di «civiltà giuridica»<sup>47</sup>, al fine di contribuire così a confezionare «il

<sup>44</sup> P.G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma, Bari 1998, p. 200.

<sup>45</sup> G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma, Bari 1994, pp. 5 e 9.

<sup>46</sup> Nella letteratura risalente ad es. H.E. YNTEMA, *Comparative research and unification of law*, in 41 *Mich. L. Rev.*, 1942, p. 261.

<sup>47</sup> Cfr. D.S. CLARK, *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today*, in 75 *Tul. L. Rev.*, 2001, p. 875 ss.

diritto comune dell'umanità civilizzata»<sup>48</sup>.

Nel tempo ha guadagnato credito l'opinione secondo cui la comparazione doveva tendere all'esaltazione delle differenze: finalità perseguita come sappiamo dai fautori di un approccio postmoderno ai raffronti. È tuttavia la comparazione unificante resta l'orizzonte preferito dei raffronti, magari un orizzonte non dichiarato e almeno apparentemente epurato dalle originarie deviazioni evoluzioniste<sup>49</sup>, ma pur sempre nettamente identificabile come movente del raffronto: lo vedremo tra breve occupandoci di diritto europeo. Non è però questo il punto controverso nelle dispute attorno agli scopi del diritto comparato, bensì la stessa idea che occorra identificare finalità con cui legittimare la materia. Si è infatti autorevolmente osservato che nessuno penserebbe di chiedere all'astronomo quali siano gli obiettivi del suo sapere: l'astronomia ha indubbiamente avuto notevoli applicazioni, avendo contribuito al raggiungimento di traguardi importanti come l'atterraggio sulla luna, e tuttavia le sue fortune non ne hanno mai condizionato la legittimazione come scienza. Proprio questo, si aggiunge, accade invece al diritto comparato, i cui cultori mostrano ritrosie ad affermare che la loro materia semplicemente «soddisfa il bisogno di conoscere»: come se «la speculazione di modelli giuridici su ordinamenti diversi» fosse altrimenti «una pura contemplazione, un'esercitazione erudita» e persino non accostabile a una «scienza»<sup>50</sup>.

Va detto a questo punto che una simile rivendicazione del carattere scientifico del diritto comparato assume colorazione scienziata, ovvero che si combina con l'idea che esso possa accreditarsi come scienza esatta. Questo almeno traspare dal rilievo che la disciplina assolve al solo fine primario di produrre «una migliore conoscenza del dato giuridico» in quanto consente di «misurare la differenza fra dati appartenenti a sistemi diversi». Invero, se anche si vuole con ciò combattere «il metodo sistematico detto anche concettualistico o dogmatico»<sup>51</sup>, il riferimento alla misurazione allude alla capacità di restituire in modo fedele il dato reale, il che contrasta evidentemente con quanto nelle scienze sociali esprimono gli statuti epistemologici attenti alla loro dimensione politica o comunque alla loro parzialità. Ma è proprio questa che si intende negare aggiungendo che il

---

<sup>48</sup> R. SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 383 ss.

<sup>49</sup> Da ritenere anch'esse costitutive della moderna comparazione giuridica: cfr. G. TARDE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 530 s.

<sup>50</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit. p. 3 ss.

<sup>51</sup> R. SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in ID. (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, p. 243 s.

comparatista sarebbe capace di «scegliere tra scienza e politica», ovvero di discernere tra «comparazione imparziale» e «comparazione impegnata»<sup>52</sup>. E che potrebbe farlo perché «*verum ipsum factum* è il criterio che ispira il comparatista nella sua analisi», motivo per cui è capace di «misurare» senza ricorrere al dato «proveniente da una scienza di tipo politologico, etico, o comunque estraneo allo studio dei dati linguistici»<sup>53</sup>.

Ebbene, proprio la contestazione del carattere scienziato del diritto comparato ha ispirato le riflessioni condotte da cultori del diritto positivo e in particolare del diritto processuale civile. In questo ambito si è contestata con veemenza la possibilità di una comparazione «fredda» nel senso di «politicamente neutrale» cui rinvia l'approccio appena riferito, del resto in linea con la rivendicazione della sua ispirazione strutturalista<sup>54</sup>. Sappiamo invero che i fautori dello strutturalismo pretendono di identificare entro i diversi ordinamenti elementi insensibili al trascorrere del tempo e in quanto tali impermeabili al «sistema di potere» o al «sistema economico sottostante»<sup>55</sup>. Il che rende le loro ricerche inevitabilmente votate ad alimentare un punto di vista «di stampo neopositivistico» perché teso a sviluppare una «teoria pura del diritto»<sup>56</sup>.

La contrapposizione tra i comparatisti di fede strutturalista e coloro i quali si riconoscono nelle critiche appena ricordate ha indubbiamente uno sfondo di carattere ideologico. La rivendicazione di una netta distinzione tra il diritto e la politica caratteristica dei primi mira a colpire il presupposto da cui muovono i secondi: che «ogni discorso sul diritto» risulta inesorabilmente immerso «nella cultura della società di cui quel diritto è la struttura»<sup>57</sup>. Anche e soprattutto perché ricorda le teorie volte a ritenere il diritto la sovrastruttura destinata a rispecchiare i rapporti di forze inerenti un ordine sociale il cui fondamento è soprattutto di tipo economico, e quindi condizionato dalle relazioni inerenti la produzione<sup>58</sup>: teorie di sapore

<sup>52</sup> R. SACCO, in P. LEGRAND, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, pp. 949 e 959.

<sup>53</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 10 e 60. Il criterio di validazione vichiano viene codificato anche nelle Tesi di Trento: cfr. A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Utet, Torino 1988, p. 48 ss. Una relativizzazione del criterio si trova in A. GAMBARO, *The Trento Thesis*, in *4 Glob. Jur. Front.*, 2004, p. 1 ss.

<sup>54</sup> V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., p. 209.

<sup>55</sup> A. WATSON, *Legal Transplants*, cit., p. 107

<sup>56</sup> V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., p. 210.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 203.

<sup>58</sup> Approccio sviluppato entro la concezione socialista del diritto: per tutti R. GUASTINI (a

marxiano, decisamente distanti da quelle cui rinvia la rivendicazione del carattere apolitico del diritto. Ma anche volendo prescindere dalle animosità suscitate da una simile contrapposizione, resta la frizione tra chi, come i comparatisti di fede strutturalista, indicano nella conoscenza la finalità prima della disciplina, e coloro i quali indicano in sua vece «il progetto politico, ossia la prospettiva di riforme nell'ambito dei singoli ordinamenti»<sup>59</sup>.

Anche i contributi dedicati in questo volume alla comparazione nel diritto processuale civile sottolineano la differenza tra l'approccio dei «comparatisti istituzionali», che ricavano nella disciplina la sua ragion d'essere, e quello dei cultori del diritto positivo inclini a vedere nella comparazione una pratica cui riconoscere una «utilità culturale come strumenti di sollecitazione del dibattito riguardo alla trasformazione» del «diritto territoriale» (Dondi). Con la precisazione che in entrambi i casi si combatte la riduzione del diritto alla legge, e con essa la tendenza a ritenere il primo una «variabile indipendente dal contesto sociale, culturale, economico, religioso in cui si colloca» (Passanante).

Simile la distinzione operata entro il diritto penale, dove comunque si rigetta l'idea del raffronto come «mero esercizio intellettuale» (Fornasari), tra due modi di intendere il diritto comparato: come «scienza descrittivo ricognitiva, e persino quasi avalutativa di quanto accade in ordinamenti stranieri, con funzione prettamente conoscitiva», o come «strumentale e integrante l'interpretazione, la prassi, la dogmatica e teoria generale, i progetti di riforma e la legislazione», a cui riconoscere invece «funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva, ma comunque applicativa» (Donini). Accostabile anche il riferimento a una comparazione utile a «un arricchimento del paradigma metodologico di riferimento nella direzione di un più pronunciato realismo giuridico», diversa dalla comparazione posta al servizio della importazione di modelli, di cui si discute entro il diritto amministrativo (De Lucia).

Per le discipline nelle quali la comparazione integra fin dall'inizio lo statuto epistemologico della materia, il riferimento agli scopi perseguiti con il suo impiego appare in qualche modo scontato. È il caso delle materie di più recente individuazione, come il diritto agrario (Iannarelli) e il diritto del lavoro (Gaeta): lo vedremo fra breve. Lo stesso vale per campi del sapere giuridico più risalenti, come in particolare diritto e religione, interessato da una «naturale, quasi insopprimibile, vocazione alla comparazione» in ultima

---

cura di), *Marxismo e teorie del diritto*, Il Mulino, Bologna 1980 e H. COLLINS, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford etc. 1982.

<sup>59</sup> V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, cit., p. 204.

analisi riconducibile al suo «fondamento metagiuridico» (Martinelli).

Meno scontata, sebbene riconducibile a una tradizione radicata<sup>60</sup>, l'enfasi con cui nel diritto commerciale si indica la comparazione come «componente ineliminabile del progetto ermeneutico da attuarsi con l'interpretazione normativa». Qui il fine ultimo non è la ricerca di soluzioni straniere da imitare e dunque la promozione di riforme, bensì l'acquisizione attraverso il confronto della consapevolezza circa la storicità del proprio diritto, indispensabile alla comprensione del sistema e della realtà da interpretare. In tal senso «a risultare impiegato non è direttamente il diritto straniero come tale, bensì tale diritto adeguatamente filtrato dalla comparazione quale complessivo processo ermeneutico» (Cariello).

Va precisato a questo punto che il ricorso all'ermeneutica qui proposto si differenzia da quello cui rinvia il metodo incentrato sulla dissociazione fra tecniche giuridiche e valori alla cui implementazione quelle tecniche sono rivolte, di cui si è detto poco sopra. Invero, se anche si afferma che «il testo normativo si fa tramite la comparazione e la comparazione fa il testo» andando «oltre il testo», si precisa poi che essa torna al testo al fine di «renderlo sintonicamente con ciò che il testo è, al riparo della sparizione del testo nel suo oltre». Per poi concludere che «la comparazione coinvolge e include un'operazione dogmatica, di rigorosa selezione dei concetti» (Cariello).

##### 5. *Diritto positivo, sistemologia e genealogia*

Che i cultori del diritto positivo affidino specifici compiti alla comparazione, in massima parte relativi alla sua valenza normativa e non meramente descrittiva o contemplativa, può forse stupire chi promuove un approccio scienziato allo studio del fenomeno diritto, non invece chi intende contrastarlo proprio ricorrendo all'ausilio dei raffronti: lo vedremo fra breve discorrendo della funzione sovversiva della comparazione. Peraltro, sebbene a un simile uso della comparazione corrisponda un minore interesse per vicende come la classificazione dei sistemi, lo studio della mutazione giuridica e la definizione delle modalità attraverso cui condurre i raffronti, non per questo i giuscomparatisti possono applicarvisi trascurando l'apporto dei cultori del diritto positivo. Innanzi tutto perché i criteri classificatori

<sup>60</sup> Su cui ampiamente V. CARIELLO, *Comparazione e interpretazione*, Giappichelli, Torino 2020.

non possono trascurare le caratteristiche di fondo del diritto positivo, e anzi proprio questa mancanza è alla base di una certa insoddisfazione per le tassonomie più diffuse. E poi perché sempre più sovente si propone di superare le classificazioni in quanto tali, o almeno di relativizzarne la portata, sul presupposto che uno studio analogico e statico del fenomeno diritto debba cedere il passo a uno studio genealogico rispettoso della sua evoluzione: il che attribuisce nuova centralità al diritto positivo.

Certo, nel valutare le tassonomie occorre tenere conto del principio di relatività<sup>61</sup>, ovvero considerare lo spazio temporale e il settore dell'ordinamento preso in considerazione, e tenere conto che esse richiedono necessariamente semplificazioni: motivo per cui non può stupire se le tassonomie «alla lunga possono impedire di affrontare la complessità dei problemi»<sup>62</sup>. E tuttavia non viene con ciò eliminato il rischio di «imprigionare in uno schema prefissato la pulsante e cangiante realtà di un ordinamento giuridico»<sup>63</sup>.

Non sono poi risolutivi gli espedienti idonei ad attenuare un simile rischio. Si può ad esempio esasperare il ricorso al principio di relatività per materia, e individuare raggruppamenti validi unicamente per lo specifico aspetto cui il comparatista si sta dedicando, nel solco di quanto realizzato nell'ambito di un genere letterario a ben vedere poco utilizzato: quello degli atlanti<sup>64</sup>, da richiamare in questa sede anche in quanto si presta a divenire un proficuo terreno di confronto e collaborazione tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo. In alternativa si possono concepire classificazioni «in forma debole»<sup>65</sup>, che non mirano a soddisfare il requisito della reciproca esclusività e della congiunta esaustività in quanto assumono carattere politetico: concernono oggetti capaci di rientrare simultaneamente in più categorie, come avviene in applicazione della «logica fuzzy» elaborata in ambito matematico per consentire la formazione di «insiemi sfumati»<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Per tutti K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, III ed., J.C.B. Mohr, Tübingen 1996, p. 64 s.

<sup>62</sup> V. PASCUZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1196.

<sup>63</sup> M. SERIO, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino 2011, p. 21.

<sup>64</sup> Cfr. F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, V ed., Zanichelli, Bologna 2011. Nella letteratura di sensibilità pubblicistica v. G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Utet, Torino 2010.

<sup>65</sup> L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino 2017, p. 27.

<sup>66</sup> S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2012, p. 11 ss.

Anche così, però, le tassonomie in quanto tali conservano la loro incapacità di valorizzare l'aspetto dinamico dei fenomeni studiati. Esse si reggono sull'identificazione di analogie inevitabilmente osservate senza considerazione per le contaminazioni alla base della mutazione giuridica, così come per le ragioni di quelle contaminazioni<sup>67</sup>. Di qui la proposta di abbandonare la comparazione analogica per approdare alla comparazione genealogica, ovvero tutta incentrata sulle dinamiche della circolazione dei modelli. Il risultato sarà una sorta di mappatura delle trasformazioni subite dai sistemi giuridici per effetto di queste dinamiche<sup>68</sup>.

Certo, questo approccio non va esente da critiche, come si ricava dalla circostanza che il metodo genealogico è quello impiegato per inventare tradizioni: per stabilire momenti di continuità fittizia con avvenimenti selezionati al solo fine di «inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive»<sup>69</sup>. E tuttavia non si può non prendere atto della circostanza per cui «il mondo giuridico di oggi è un mondo di contaminazioni piuttosto che un mondo diviso in famiglie giuridiche»<sup>70</sup>. Soprattutto non si può non vedere come le contaminazioni in discorso attengano a trasformazioni anche sottili interne alle tradizionali classificazioni, che sovente non ne intaccano le coordinate di fondo, e che si possono rendere visibili solo combinando i dati sistemologici con altri dati ricavabili dalla microcomparazione<sup>71</sup>: di qui la conferma della centralità di un confronto e una collaborazione tra cultori del diritto comparato e cultori del diritto positivo.

L'utilità di un approccio genealogico viene esplicitamente richiamata nelle riflessioni su diritto e religione, dove si affida alla comparazione il compito di andare oltre la fredda misurazione delle differenze, per valorizzare la «circolazione di modelli normativi» che dà vita «a forme di *metissage* normativo, a nuovi istituti giuridici, o a nuove soluzioni

<sup>67</sup> G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford etc. 2014, p. 57 s.

<sup>68</sup> Ad es. E. ÖRÜCÜ, *A General View of Legal Families and of Mixing Systems*, in ID., D. NELKEN (a cura di), *Comparative Law. A Handbook*, Hart, Oxford etc. 2007, p. 171 ss.

<sup>69</sup> E. HOBBSAWM, *Come si inventa una tradizione*, in ID., T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione* (1983), Einaudi, Torino 2002, p. 3 s.

<sup>70</sup> P.G. MONATERI, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, in 13 *Trans. L. Cont. Probl.*, 2003, p. 591.

<sup>71</sup> Lo si ricava a titolo esemplificativo nell'ambito dello scontro tra modelli di capitalismo, legato alla distinzione tra sistemi di *common law* e *civil law*, il primo fondamento del capitalismo neoamericano e il secondo del capitalismo renano, il cui esito non si può cogliere ricorrendo alle tassonomie tradizionali: cfr. A. SOMMA, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Pol. dir.*, 2015, p. 549 ss.

nel regolare i rapporti fra istituzioni statali e organizzazioni religiose» (Mazzola). Lo stesso avviene nel diritto amministrativo, dove l'invocazione di una comparazione «dinamica, non statica», capace di «cogliere il senso e il significato dell'evoluzione o involuzione degli istituti giuridici», si accompagna alla sottolineatura del ruolo della storia del diritto: del nesso tra «la comparazione diacronica e quella sincronica» (Della Cananea).

Ovviamente la circolazione dei modelli di cui si parla avviene sullo sfondo di meccanismi più complessi di quelli cui il diritto comparato fa tradizionalmente riferimento: i meccanismi riconducibili al riconoscimento in capo al modello esportato di «una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio»<sup>72</sup>. La mutazione giuridica avviene cioè come effetto della circolazione di modelli *imperio rationis*, ma anche se non soprattutto *ratione imperii*: si manifesta come imposizione «resa possibile da una conquista militare o da una dominazione politica»<sup>73</sup>. Il che viene apertamente riconosciuto dai cultori del diritto penale, disciplina entro cui si riconosce che «i Paesi più forti hanno sempre fatto usare la comparazione agli altri per esportare i propri modelli» (Donini): tanto da autorizzare a discutere in alcuni casi, come in quello tedesco, di una sorta di atteggiamento «colonialistico» (Fornasari).

## 6. *Classificazione dei sistemi e dimensione nazionale del diritto*

L'insoddisfazione dei cultori del diritto comparato per la sistemologia è legata altresì alle centralità che questa attribuisce alla dimensione statale<sup>74</sup>, ovvero alla circostanza che essa produce in massima parte classificazioni di diritti nazionali. La stessa insoddisfazione ricorre evidentemente con minore insistenza presso i cultori del diritto positivo, certo sempre più interessati a vicende trascendenti la dimensione in discorso, e tuttavia tradizionalmente inclini a non ritenerla prevalente o comunque condizionante in modo significativo. Anche se non mancano eccezioni, ad esempio entro il diritto amministrativo: lì si critica in modo definitivo «sia l'approccio basato sui singoli Stati nazionali, sia quello fondato sull'esistenza di famiglie giuridiche» (Napolitano).

<sup>72</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 135.

<sup>73</sup> Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 47, il quale muta evidentemente orientamento rispetto a quanto sostenuto nel lavoro citato nella nota precedente.

<sup>74</sup> Cfr. M. CARDUCCI, *Ragione politica della comparazione e costituzionalizzazione delle tassonomie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1113 ss.



I cultori del diritto comparato si sono occupati diffusamente di questi aspetti, proponendo tassonomie pensate per la classificazione di ordinamenti identificati a prescindere dall'elemento della statualità. In linea del resto con la loro propensione a discutere, più che di ordinamenti giuridici, concetto di per sé non legato al requisito della statualità ma di norma utilizzato in connessione con essa, di esperienze giuridiche<sup>75</sup>, o tradizioni giuridiche<sup>76</sup>, o ancora culture giuridiche<sup>77</sup>.

Un primo tentativo di superare questo approccio è risalente, e viene da un comparatista che ha rivolto lo sguardo oltre le società «moderne» al fine di individuare criteri classificatori utili a ricomprendere anche quelle «tradizionali» e «primitive»: le prime definite come le società «appartenenti alle antiche culture esistenti ancora oggi», le seconde come società contemporanee che «ignorano la scrittura e la storia». Ebbene, per ottenere classificazioni adatte a contenere queste società occorre muovere dai loro valori fondativi, e questo significa valorizzare l'appartenenza a una medesima «civiltà», identificativa di un medesimo «stile di vita», un medesimo «contesto etico teleologico» e un medesimo «ambiente materiale». Superando così lo schermo della statualità e della nazionalità, ritenuta il portato dell'epoca storica bruscamente interrotta dagli orrori del secondo conflitto mondiale<sup>78</sup>.

Un diverso tentativo di giungere a classificazioni non viziate dalla centralità della dimensione statale, ritenuta il fondamento di un approccio etnocentrico allo studio del fenomeno diritto, si deve ai cultori dell'antropologia giuridica. In tale ambito si propone di raggruppare diritti a partire dalla «fonte dominante», ovvero dal prevalente «modo di formulazione del diritto». In questo modo si potranno distinguere: un «sistema consuetudinario» generato dal comportamento dei membri della società, un «sistema dottrinale» incentrato sulle regole prodotte dai sapienti, un «sistema giurisprudenziale» fondato sui precetti dei giudici, un «sistema legislativo» basato sui comandi formulati da un vertice, e un «sistema rivelativo» riconducibile a una divinità<sup>79</sup>. Il tutto producendo classificazioni

<sup>75</sup> Sulla scia di R. ORESTANO, *Della esperienza giuridica vista da un giurista* (1980), in Id., *Diritto. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna 1981, p. 505 ss.

<sup>76</sup> J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* (1969), Giuffrè, Milano 1973, p. 7 ss.

<sup>77</sup> Ad es. M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *47 Int. Comp. L. Quart.*, 1998, p. 498 ss.

<sup>78</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (1971), Giappichelli, Torino 1996, pp. 407 ss. e 427 ss.

<sup>79</sup> J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem 1995, p. 334 ss.

politetiche, entro cui i raggruppamenti rilevano unicamente alla stregua di modelli idealtipici, e non anche di contenitori cui ricondurre quegli ordinamenti in via esclusiva e in modo definitivo.

Mira a valorizzare il pluralismo giuridico e a relativizzare il carattere della statualità anche la proposta classificatoria di chi raggruppa le varie esperienze a partire dagli strumenti di «controllo sociale», considerati «tutti dotati del requisito della giuridicità in senso sistemologico»: il diritto, la politica o la religione, circostanza costitutiva rispettivamente della «famiglia a egemonia professionale», della «famiglia a egemonia politica» e della «famiglia a egemonia tradizionale»<sup>80</sup>. Anche qui un ordinamento nazionale può essere ricondotto a uno specifico raggruppamento, ma nello stesso tempo valorizzato negli elementi capaci di ricondurlo a un diverso raggruppamento, ovvero come punto di riferimento per comporre classificazioni politetiche.

Di particolare interesse è la tassonomia volta a raggruppare tradizioni giuridiche: concetto cui abbiamo già fatto riferimento, utilizzato per alludere a entità identificate a partire dalla interazione tra diritto, società e politica, a prescindere dal requisito della statualità<sup>81</sup>. In tale ambito il riferimento alla statualità viene superato nella misura in cui non si discute delle sole tradizioni giuridiche «complesse»: quelle che possono avere un punto di riferimento nello spazio. Vi sono anche tradizioni giuridiche «interne» a quelle complesse, e soprattutto tradizioni «trasversali», che non presentano uno specifico radicamento territoriale<sup>82</sup>: potendo così corrispondere alle aspettative dei cultori del diritto positivo interessati a «un approccio transnazionale o oltre i confini», capace di combinare «la tradizionale prospettiva orizzontale con quella verticale e persino diagonale» (Napolitano).

### 7. *Funzione sovversiva del diritto comparato?*

Possiamo a questo punto tornare a riflettere sull'idea, come sappiamo alimentata dai cultori del diritto comparato, che la loro disciplina produce «un discorso ribelle, un contro discorso, un discorso di resistenza»<sup>83</sup>, che in

---

<sup>80</sup> V. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova 1997, p. 61 ss.

<sup>81</sup> J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, cit., p. 7 ss.

<sup>82</sup> H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza* (2010), Il Mulino, Bologna 2011, p. 75 ss. e 561 ss.

<sup>83</sup> P. LEGRAND, *Droit comparé*, cit., pp. 21 e 24.

quanto tale costituisce uno strumento di conoscenza critica del diritto cui riconoscere una valenza «sovversiva» dell'ordine prodotto dall'«ortodossia teorica»<sup>84</sup>; innanzi tutto quella cui si deve la riduzione del diritto alle sue fonti formali di produzione, nei Paesi di *civil law* alla legge, e più in generale alle fonti che impediscono di «espandere l'agenda delle possibilità disponibili»<sup>85</sup>.

Lo stesso viene rilevato dai cultori del diritto positivo, i quali sottolineano come la comparazione conduca naturalmente a valorizzare la realtà dei fenomeni studiati oltre il dato formale (De Lucia). Da essi si ricava poi che il carattere sovversivo riferito alla pratica dei raffronti può riguardare anche il fondamento politico normativo delle discipline in cui si ricorre a quei raffronti. Questo vale per le discipline tradizionali impegnate in un aggiornamento del loro programma di ricerca, come si ricava in modo esemplare dal diritto penale sostanziale e processuale: lì la comparazione ha sostenuto una sua rilettura alla luce dei valori costituzionali, e in particolare uno studio in «chiave critica» volto a promuovere riforme ispirate dalla «sensazione di scollamento tra realtà sociale e realtà normativa» (Fornasari), consentendo fra l'altro di «ripudiare pratiche processuali» passate ma percepite «come incombenti sull'epoca attuale» (Orlandi). Ma vale anche e soprattutto per le discipline rese autonome da quelle tradizionali al fine di liberarsi dai condizionamenti imposti da uno statuto epistemologico divenuto anacronistico: primo fra tutti il diritto civile, concepito ad arte per avallare forme di redistribuzione delle risorse in linea con l'individualismo proprietario. È in particolare il caso del diritto del lavoro, dove la comparazione ha indotto a prestare attenzione ai «dati socio economici e alle relazioni industriali» (Gaeta), e del diritto agrario: disciplina nella quale i raffronti hanno prima accompagnato lo sviluppo di forme di tutela della parte debole nel «conflitto tra proprietà della terra e impresa agricola», e poi tra la prima e «le grandi imprese alimentari» o «la grande distribuzione» poi (Iannarelli).

Va detto a questo punto che la carica sovversiva di cui stiamo parlando, se per un verso accompagna la genesi delle discipline appena ricordate, non necessariamente resta una loro caratteristica nelle fasi successive alla loro nascita. È paradigmatico il caso del diritto del lavoro<sup>86</sup>, nel quale la comparazione viene finalizzata alla promozione di riforme in linea con la

<sup>84</sup> H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, p. 505.

<sup>85</sup> G. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in 46 *Am. J. Comp. L.*, 1998, p. 695.

<sup>86</sup> U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina welfare à la carte*, Meltemi, Milano 2019, p. 263 ss.

tendenza a riaffermare l'antica riduzione della relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi<sup>87</sup>. Riforme che sul piano dei contenuti sono descrivibili in termini di «privatizzazione, economicizzazione, deregolazione» dell'ordine economico, per i quali si richiedono raffronti animati «dall'intento di esporre al lettore italiano qualche punto di un'esperienza straniera» e non anche «dallo spirito e dallo scopo più autentici della comparazione tra ordinamenti» (Gaeta).

Va detto poi che la professione di sovversivismo appare non di rado una mera dichiarazione di principio, incapace di nascondere un'attitudine intimamente positivista. Talvolta questo viene apertamente riconosciuto: è il caso del diritto processuale civile, nel cui ambito pure la comparazione si è accreditata come alternativa all'approccio «dogmatico sistematico», magari con il pretesto che si tratta di una disciplina servente rispetto al diritto sostanziale, in quanto tale inevitabilmente votata al tecnicismo (Passanante). Più spesso il carattere sostanzialmente innocuo del ricorso alla comparazione, ovvero il suo essere incapace di alterare attitudini consolidate in assenza di raffronti, viene in qualche modo occultato. Questo si verifica soprattutto nell'ambito del diritto europeo, al quale ci dedicheremo fra breve, dopo aver detto dello stato dell'arte presso i cultori del diritto comparato: anche tra essi la rivendicazione di una carica sovversiva del ricorso a raffronti appare decisamente sopravvalutata, sia con riferimento alla loro attitudine nei confronti del fenomeno diritto, sia in ordine alla valenza politico normativa delle loro ricerche.

Troviamo riscontri di quanto detto nelle ricerche di carattere microcomparatistico, anche qui soprattutto nel diritto europeo, ma anche in quelle di respiro macrocomparatistico e dunque in ambito sistemologico: dove la carica sovversiva si mostra carente sia dal punto di vista dell'effettiva tensione antipositivista, sia da quello del segno politico normativo di cui le ricerche costituiscono espressione.

Il persistere di un'attitudine positivista in ambito sistemologico ha indubbiamente caratterizzato le epoche in cui le fonti di produzione formale del diritto venivano elevate a punto di riferimento privilegiato se non esclusivo dei raffronti<sup>88</sup>. Tracce di questa attitudine si ritrovano peraltro anche successivamente, in particolare nelle tassonomie utilizzate dai comparatisti di formazione privatistica, ancora incentrate sul sistema delle fonti come criterio classificatorio ritenuto maggiormente indicativo.

---

<sup>87</sup> Citazioni in A. SOMMA, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 307 ss.

<sup>88</sup> Al proposito già É. LAMBERT, *La fonction du droit comparé*, I, V. Giard, E. Brière, Paris 1903, p. 8 ss.

Certo, si riconosce nel merito il ruolo delle fonti sostanziali di produzione del diritto, oltre che di vicende ulteriori di ordine tecnico giuridico e non. Tuttavia queste non impediscono di mantenere la distinzione tra famiglia di *common law* e famiglia di *civil law* come asse sistemologico portante, in quanto tale destinato a mettere in ombra vicende non certo trascurabili, come quelle su cui appuntano la loro attenzione i comparatisti di formazione pubblicistica<sup>89</sup>. E persino le tassonomie più innovative, concepite per far emergere elementi ulteriori rispetto a quelli concernenti il sistema delle fonti, finiscono per cedere al fascino della tradizione positivista: come a titolo esemplificativo le classificazioni incentrate sui sistemi di controllo sociale, in ultima analisi cedevoli nei confronti dell'autorappresentazione del diritto occidentale come caratterizzato dal divorzio tra diritto e politica da un lato, e tra diritto e tradizione filosofica e religiosa dall'altro<sup>90</sup>.

Decisamente poco sovversivo è poi il fondamento politico normativo di larga parte delle classificazioni proposte, in massima parte espressivo di agende geopolitiche di cui i cultori del diritto comparato finiscono per rendersi interpreti fedeli: la sistemologia alimenta inevitabilmente una «gerarchia mondiale delle grandi famiglie», oltre e una «gerarchia interna a ciascuna di esse tra il tipo rappresentante e il tipo rappresentato»<sup>91</sup>.

La dottrina che ha sviluppato il nesso tra diritto comparato e geopolitica ricava riscontri di un simile modo di concepire la sistemologia fin dalla classificazione proposta da uno dei protagonisti del congresso parigino fondativo della moderna comparazione giuridica. In quella sede si propose di raggruppare sistemi in base al loro carattere «originale», da far emergere valorizzando lo loro «formazione storica», oltre a vicende non meglio definite: «la struttura generale e i tratti distintivi». Il risultato rispecchiava l'equilibrio tra le potenze dell'epoca e la suddivisione del mondo nelle rispettive aree di influenza, corrispondenti alle seguenti «famiglie o gruppi»: latino, germanico, anglosassone, slavo e musulmano<sup>92</sup>, rappresentativi, rispettivamente, della sfera di potere della Terza Repubblica francese, dell'Inghilterra vittoriana, del Reich tedesco, della Russia zarista, e dell'Impero ottomano.

A distanza di un ventennio circa, durante il quale si era fra l'altro combattuto il primo conflitto mondiale, questa classificazione venne considerata «desueta». La si volle sostituire con una tassonomia incentrata sulle caratteristiche del sistema delle fonti e delle modalità attraverso cui

<sup>89</sup> Per tutti A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Giuffrè, Milano 1998, p. 173.

<sup>90</sup> V. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit., p. 56.

<sup>91</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma, Bari, 2013, p. 12.

<sup>92</sup> A. ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900, p. 379.

il diritto evolve. Il risultato fu l'individuazione di tre famiglie o «grandi sistemi»: i Paesi continentali a diritto scritto e codificato, i Paesi di lingua inglese a «consuetudine giurisprudenziale», e i Paesi islamici a carattere religioso<sup>93</sup>. In tal modo la distinzione tra un diritto di matrice francese e un diritto di matrice tedesca veniva ricomposta a favore di una categoria, il diritto continentale, che evidentemente era pensata per esaltare la posizione egemone della Francia: il ruolo assunto dai codici nel sistema delle fonti è il tratto distintivo del diritto continentale, ed è il Codice civile francese il codice per antonomasia.

Particolare consapevolezza geopolitica mostrarono le classificazioni proposte alla conclusione del secondo conflitto mondiale, destinate a posizionare gli ordinamenti nazionali egemoni entro la ripartizione del mondo dettata dai nuovi equilibri: gli Stati Uniti erano definitivamente emersi come punto di riferimento tra gli ordinamenti di *common law*, e si erano posti alla testa del blocco occidentale contrapposto a quello sovietico<sup>94</sup>.

La classificazione più rappresentativa dei nuovi equilibri è quella proposta in area francese da chi ha inteso individuare i tratti distintivi dei vari diritti considerando, oltre alla loro «origine storica», vicende come la «cultura professionale» dei giuristi, le loro «tecniche di lavoro», il loro «vocabolario» e i loro «concetti». Peraltro le differenze che si registravano rispetto a simili caratteristiche di ordine «tecnico» non dovevano offuscare le similitudini sul piano «ideologico»: quello concernente le «concezioni della giustizia», le «credenze religiose o filosofiche» e le «strutture politiche, economiche o sociali». Da un simile punto di vista occorre relativizzare la distinzione tra Paesi a diritto codificato e Paesi di lingua inglese, da considerare entrambi parte del «mondo occidentale fondato sui principi morali del cristianesimo, sui principi politici e sociali della democrazia liberale, e su una struttura economica capitalista». Solo in tale ambito si poteva distinguere tra diritti codificati e non, i primi ricondotti alla famiglia romano germanica, entro cui si confondono i diritti tedesco e francese, quest'ultimo collocato in posizione dominante. Al mondo occidentale si contrapponeva evidentemente il mondo sovietico, fondato sul credo socialista e sui relativi insegnamenti alternativi a quelli occidentali in tutti i campi menzionati<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> H. LÉVY-ULMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1922, p. 85 ss.

<sup>94</sup> Cfr. U. MATTEI, *The Cold War and Comparative Law. A Reflection on the Politics of Intellectual Discipline*, in 65 *Am. J. Comp. L.*, 2017, p. 567 ss.

<sup>95</sup> R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et*

L'assimilazione dei diritti di matrice francese e tedesca, ovvero l'individuazione del sistema romano germanico come famiglia sovrastata dal primo diritto, non venne ripresa in un'opera dello stesso periodo, confezionata per individuare sette diverse famiglie di sistemi sorte attorno ad altrettanti «centri di irradiazione giuridica»: francese, germanica, scandinava, inglese, russa, islamica e indù<sup>96</sup>. In tal modo la contrapposizione tra sistemi capitalisti e sistemi socialisti veniva sfumata, la patria del *common law* recuperava terreno rispetto all'area statunitense e il diritto germanico riacquistava identità rispetto al diritto francese. Si deve anche a una simile opzione se questa classificazione è stata posta alla base di una celebre tassonomia confezionata in area tedesca nel corso degli anni Settanta, composta a partire da quanto è stato definito in termini di «stile di un sistema», significativamente ricavato da vicende quali la sua «evoluzione storica» e la «mentalità giuridica» comune ai suoi operatori<sup>97</sup>.

Peraltro non sono solo le classificazioni più risalenti, sebbene tuttora utilizzate, a essere caratterizzate da una spiccata carica geopolitica difficilmente descrivibile come sovversiva. Anche quelle pensate per rimediare ai loro vizi, primo fra tutti il carattere etnocentrico e la centralità attribuita al carattere statuale del diritto, non sono da meno. Lo abbiamo visto considerando le classificazioni incentrate sui sistemi di controllo sociale, fondate su vicende destinate ad alimentare l'autorappresentazione del diritto occidentale, che dunque si rivela essere un punto di riferimento quantomeno implicito da cui sembra difficile prendere le distanze: contribuendo così a mettere in discussione la qualificazione del diritto comparato come fondamento di una pratica sovversiva.

#### 8. *A mo' di conclusione: sulle tensioni tra comparazione e diritto europeo*

La funzione sovversiva della comparazione giuridica sembra dunque attenersi alla lotta dei suoi cultori contro il positivismo, quello legislativo come quello scientifico, condotta soprattutto all'epoca in cui essa si è affermata come autonoma disciplina. Certo, la lotta non è ancora conclusa, come segnalano i comparatisti i quali osservano come il paradigma positivista sia

*à la méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950, p. 215 ss.

<sup>96</sup> P. ARMINJON, B. NOLDE e M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950, p. 47 ss.

<sup>97</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, J.C.B. Mohr, Tübingen 1971, p. 80 ss.

sopravvissuto quantomeno sotto forma di conservazione del principio della unicità della regola di diritto. Tolto questo, però, appare difficile considerare i comparatisti come dei sovversivi, o comunque dei cultori della conoscenza critica del diritto, eccezion fatta forse per il loro recente impegno a favore di un superamento della distinzione tra diritto pubblico e privato<sup>98</sup>. Non lo sono con riferimento alle vicende di ordine macrocomparatistico cui abbiamo appena fatto riferimento, e neppure pensando all'ambito microcomparatistico, come si evince in modo chiaro considerando il diritto europeo.

Va detto che le connessioni tra diritto comparato e diritto europeo sono oggetto di controversie relativamente vivaci, sicuramente riconducibili alle ricadute di ordine accademico collegate alle opzioni in campo, ma comunque collegate al diverso modo di intendere il primo così come emerso nel corso di queste pagine.

Per un verso si sottolinea come lo sviluppo del diritto europeo richieda inevitabilmente di ricorrere al diritto comparato (Fornasari): innanzi tutto perché consente di relativizzare le spinte nazionali o statualiste, finalità del resto tradizionalmente attribuita ai raffronti, e in particolare di «neutralizzare spinte egemoniche di determinati ordinamenti, favorendo la formazione di una sorta di meticcio giuridico» (De Lucia). Il diritto comparato consente poi di cogliere le peculiarità di settori dell'ordinamento fortemente interessati da una produzione di regole a livello sovranazionale (Iannarelli), o di identificare la disciplina di specifici istituti, così come talvolta espressamente richiesto dal diritto europeo (De Lucia), o ancora di «adeguare le applicazioni della legge statale alle istanze eurounitarie» (Orlandi).

Per un altro verso, almeno dal punto di vista del diritto positivo, la comparazione concerne in massima parte raffronti nei quali il diritto nazionale riveste un ruolo non certo trascurabile, e ciò contrasta con la volontà di concepire l'ordinamento ultranazionale come sostitutivo di quello nazionale: il diritto europeo è «diritto positivo quasi interno» (Donini). Questo aspetto viene considerato soprattutto dai cultori del diritto amministrativo, i quali denunciano essere il diritto europeo interessato ai diritti statuali solo per alimentare la loro penetrazione da parte di principi e regole ultrastatali, e dunque i processi di «armonizzazione giuridica sovranazionale». E ciò nulla avrebbe a che vedere con la comparazione, approccio per il cui tramite si affrontano «complesse questioni teoriche e culturali», comunque potenzialmente recessivo rispetto a quanto si può considerare un vero e proprio «imperialismo del diritto amministrativo

---

<sup>98</sup> Ad es. E. MOSTACCI, *Schemi di classificazione e comparazione giuridica: un regno immenso e anonimo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 1149 ss.



europeo» (Napolitano). Il tutto mentre, a fronte di un passato caratterizzato da una sopravvalutazione delle differenze tra sistemi, il presente risulta afflitto da una sovrastima circa la portata della loro convergenza (Della Cananea).

Detto questo, vi è chi reputa il superamento o la relativizzazione della dimensione nazionale realizzato dal diritto europeo, con o senza la comparazione, un esito in linea con la funzione sovversiva tradizionalmente riconosciuta a quest'ultima. Forse un simile giudizio può essere calzante per materie, come il diritto penale, storicamente ancorate alla sua dimensione nazionale (Fornasari), o per chi reputa che il diritto comparato, come il diritto europeo, abbia «una evidente vocazione armonizzatrice, se non addirittura unificatrice» (Bernardi). Il che rispecchia una opinione diffusa, non tuttavia la funzione della pratica dei raffronti, come sappiamo utile anche a rimarcare differenze e divergenze: finalità cui peraltro rinvia il clima di interesse per il recupero della dimensione nazionale (Napolitano), da alcuni auspicata per affermare identità forti ed escludenti, ma da altri con l'intento di ripristinare l'equilibrio tra democrazia e capitalismo<sup>99</sup>. Inoltre proprio il ricorso alla comparazione nell'ambito del diritto europeo mostra come non si possa parlare di una funzione sovversiva della prima, la cui mancanza viene evidenziata anche e soprattutto dal punto di vista delle modalità con cui i cultori del secondo conducono le loro ricerche.

Nel merito è esemplificativo quanto avviene a livello di diritto privato europeo, nel quale si possono in effetti individuare due distinte tendenze, entrambe indicative di un arretramento rispetto alla ritenuta funzione sovversiva della comparazione. La prima tendenza ricorre presso gli studiosi che si dedicano soprattutto al commento di direttive e regolamenti europei, sovente limitandosi a parafrasarli, nel rispetto dei classici canoni del positivismo legislativo. La seconda tendenza è quella evidenziata dai tentativi di ricostruire improbabili sistematiche capaci di ricondurre a unità le parole del legislatore europeo, di cui poi denunciare le carenze e le pericolose deviazioni rispetto a una non meglio definita tradizione: tentativo in odore di positivismo scientifico<sup>100</sup>. E l'approccio positivista caratterizza altresì il dibattito sulla codificazione del diritto privato europeo, anch'esso condotto «con un interesse tutto incentrato sul tenore della norma scritta» e «sulla sua capacità armonizzatrice»<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Cfr. A. SOMMA, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Derive Approdi, Roma 2018.

<sup>100</sup> Si distinguono in questo i cosiddetti Neopandettisti, come si evince in particolare da R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri etc., Nijmegen etc. 1994, p. 65 ss.

<sup>101</sup> M.R. MARELLA, *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo*, in O. TROIANO et

Ovviamente vi sono numerose e lodevoli eccezioni, ma non si può non concordare sul fatto che quello descritto sia un costume assai diffuso, non limitato cioè alle discipline in cui l'ortodossia teorica è più radicata: come in particolare il diritto processuale civile, i cui cultori rimarkano come la «costruzione di un modello di processo, destinato a costituire un potenziale punto di riferimento per i legislatori nazionali» rappresenti un notevole «ostacolo allo sviluppo della comparazione sovversiva» (Passanante). Un costume del resto alimentato dalle metodologie utilizzate: incluse quelle messe a punto per evitare i difetti riconducibili all'approccio positivista. I cultori del diritto privato europeo sono invero soliti ricorrere al funzionalismo<sup>102</sup>, celebrato soprattutto in ordine ai progetti di armonizzazione sponsorizzati dalla Commissione europea<sup>103</sup>, che come sappiamo trascura il contesto in cui sono calate le vicende studiate, o comunque produce ricerche destinate a trascurare la loro identità. Stesso discorso per l'approccio fattuale, anch'esso utilizzato dai cultori del diritto privato europeo i quali reputano di ottenere in tal modo risultati connotati nel senso della neutralità e oggettività<sup>104</sup>, e quindi inevitabilmente afflitto da scientismo.

La verità è che le vicende del diritto europeo mostrano in modo esemplare quale possa essere il destino di un campo del sapere le cui finalità siano in qualche modo prestabilite: in questo caso promuovere i processi di unificazione del diritto. Così facendo, si finisce per ridurre la comparazione a insieme di tecniche più o meno adatte a produrre un risultato la cui messa in discussione e valutazione critica sono escluse in radice: si finisce per negare alla disciplina la sua funzione sovversiva, tanto evocata sul piano retorico quanto tradita nella pratica del suo utilizzo. Il che vale evidentemente anche per chi considera che lo scopo del diritto comparato sia unicamente l'esaltazione delle differenze, ovvero che dal raffronto non possano che scaturire le ragioni dell'alterità, come indicato da chi promuove la comparazione postmoderna e l'analisi differenziale.

Insomma, la pratica dei raffronti in quanto tale deve essere posta al servizio dei più disparati esiti, accomunati solo dal loro indurre un approccio

---

al. (a cura di), *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 203 ss.

<sup>102</sup> Ad es. M. ODERKERK, *The Cfr and the methods of comparative legal research*, in *Eur. Rev. contr. L.*, 2007, p. 315 ss.

<sup>103</sup> Il riferimento è al *Common Frame of Reference*: CH. VON BAR et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich 2009.

<sup>104</sup> Così criticamente G. FRANKENBERG, *How to do projects with comparative law. Notes of an expedition to the Common core*, in 6 *Glob. Jur. Adv.*, 2006, p. 19 ss.

critico allo studio del fenomeno diritto: quell'«effetto di straniamento che costituisce la postura mentale tipica del comparatista» (Orlandi). E accomunati altresì dall'essere condotti secondo metodologie contemplate da uno statuto epistemologico meditato e riconosciuto. È questo il fondamento minimo per un dialogo tra cultori del diritto positivo e cultori del diritto comparato, attraverso cui i primi identificano lo strumentario utile a compiere raffronti capaci di potenziare la loro agenda di studiosi, e i secondi un vasto complesso di riscontri indispensabili ad aggiornare quello strumentario e a sottoporlo a costante vaglio critico.

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

### Alessandro Somma

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

### Vincenzo Zeno-Zencovich

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

