

Domenico di Micco

# La comparazione alla prova del mondo che cambia

(doi: 10.17394/96301)

Diritto pubblico comparato ed europeo (ISSN 1720-4313)

Fascicolo 1, gennaio-marzo 2020

**Ente di afferenza:**

*Università di Torino (unito)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Domenico di Micco

# La comparazione alla prova del mondo che cambia

## Comparison tested against a changing world

Comparison is a rather recent experience in the legal analysis. In fact, only by starting from the 20<sup>th</sup> century, jurists began to analyse the legal phenomenon through the lens of its own diversity. This step became possible essentially thanks to the different methodological contributions deriving from structuralism, historicism and functionalism that made the comparative approach a valuable tool to understand the 20<sup>th</sup> century and the complexity of its law. Today the 20<sup>th</sup> century is over. The world seems to be changing very fast. Human societies are rapidly evolving their challenges and their needs and that requires the law to speed up and to make profound changes. What does it imply for the comparative analysis of law and for its methods?

**Keywords:** Comparative methods, Structuralism, Historicism, Functionalism, Liquid world.

## 1. Premessa

Il confronto tra sistemi giuridici nella prospettiva della diversità geografica è antico tanto quanto lo studio del diritto stesso. Il Trattato sulla politica di Aristotele si basa sullo studio di centocinquante Costituzioni; si è ritenuto che Solone procedesse nello stesso modo per elaborare le leggi di Atene; racconta la leggenda che i decenviri elaborarono le Dodici Tavole dopo un'indagine svolta nelle città della Magna Grecia. Nel Medioevo, il diritto romano e il diritto canonico sono stati oggetto di comparazione così come, allo stesso modo nel XVII secolo, in Inghilterra, spiccarono i pregi della comparazione tra diritto canonico e *common law*. Il confronto delle consuetudini ha contribuito notevolmente al tentativo di identificare un diritto consuetudinario comune in Francia e un *Deutsches Privatrecht* in Germania. Infine, Montesquieu ha usato il metodo della comparazione per cercare di decifrare lo spirito delle leggi e per estrarre da quelle i principi di un buon sistema di governo.

Sono queste le parole con cui René David apriva l'introduzione del suo celebre lavoro che costituisce ormai un vero e proprio classico del diritto comparato e in particolare della sistemologia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12 ed. (con Camille Jauffret-Spinozi e Marie Goré), Paris, 2016.

Eppure, nonostante il richiamo a questi antichi e quasi leggendari precedenti, gli esordi ufficiali e organizzati del diritto comparato – come poi lo stesso David riconosce – sono in realtà ben più recenti.

Salvo alcune rarissime e limitate eccezioni<sup>2</sup>, sarà infatti solo a partire dal Novecento – e a dire il vero anche allora con numeri piuttosto ridotti – che la comparazione, acquisendo una consapevolezza crescente di sé come metodo d'indagine, inizierà a organizzarsi anche come scienza, definendo così l'oggetto e la natura del suo essere<sup>3</sup>.

Da allora, a distanza di più di un secolo, la comparazione ha conosciuto – seppur tra alterne fortune e in modo non omogeneo sul planisfero – un considerevole e a tratti persino sorprendente successo che l'ha vista assurgere a metodo d'indagine riconosciuto e praticato, spesso anche dalle corti<sup>4</sup>, da numerosi rami della disciplina giuridica nonché a essere materia di insegnamento (anche obbligatoria) in molte Università europee e del resto del mondo<sup>5</sup>; sicché oggi, consci di questo grande risultato,

<sup>2</sup> Si noti che la prima cattedra di *législation comparée* fu istituita al Collège de France nel 1850 e poche altre se ne contarono anche nei decenni successivi. A ciò si aggiunga inoltre che l'oggetto di quella comparazione era circoscritto alla sola *legge*, ossia ci si limitava per lo più al raffronto tra i dettati normativi chiamati a regolare lo stesso fenomeno. Si era pertanto molto lontani dalla comparazione come la intendiamo noi oggi. Per una riflessione attenta sulle origini della comparazione si vedano G.F. Ferrari, *Le origini storiche della comparazione pubblicistica*, in *DPCE*, n. 1, 2012; M. Serio, *Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Enrico Amari*, in *Ann. dir. comp.*, Napoli, 2012, pp. 411-449; L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto: Raccolta di saggi*, Padova, 2016.

<sup>3</sup> Il primo Congresso Internazionale di Diritto Comparato che si tenne a Parigi nel 1900.

<sup>4</sup> G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Europa e diritto privato, 2010, pp. 223 ss.; V. Barsotti, V. Varano (cur.), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, in *Ann. dir. comp.*, Napoli, 2012; U. Drobnig, S. van Erp (Eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, in *XIV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law* (Athens, 1997), The Hague, 1999; B. Markesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, in *Tulane Law Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 11 ss.; B. Markesinis, J. Fedtke (Eds.), *Judicial Recourse to Foreign Law*, London, 2006; T.H. Bingham, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, 2010; M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; M. Gelter, E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford and Portland, 2013; R. Hirshl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. Andenas, D. Fairgrieve (Eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; R. Hirschl, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence & Methodological Challenges*, in E.F. Delaney, R. Dixon (Eds.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham, 2018, pp. 403 ss.; C. Lienen, *Judicial Constitutional Comparativism at the UK Supreme Court*, *Legal Studies*, 2018, 39, pp. 166 ss.

<sup>5</sup> Recentemente, una panoramica di respiro internazionale sull'insegnamento del diritto comparato nelle Università è emersa dai lavori del XX Congresso mondiale dell'*International Academy of Comparative Law* che si è tenuto a Fukuoka, Giappone, nell'estate del 2018. Le relazioni sono disponibili sul sito internet IACL. Si segnala la raccolta dei contributi italiani a opera dell'*Ann. dir. comp.*, numero speciale "Italian National Reports", Napoli, 2018; si veda

gli studiosi che fanno della comparazione il metodo per conoscere, investigare e comprendere la complessità del fenomeno giuridico<sup>6</sup>, guardano a quel passato come a una sorta di *background* comune o come a una sorta di eredità immateriale, ricevuta dai comparatisti di ieri e da tramandare a quelli di domani<sup>7</sup>.

Ma in tutto ciò il mondo cambia<sup>8</sup>. Cambiano le società umane, le loro sfide, l'assetto e la *governance* delle istituzioni<sup>9</sup>, l'intensità e pervasività delle dinamiche economiche e insieme a quelle cambia anche il diritto e le prospettive che per suo tramite si vogliono realizzare<sup>10</sup>. Ed ecco allora che l'*oggetto* della comparazione ridefinisce i propri contorni. E le domande si fanno allora inevitabili: quali prospettive e quali problemi si aprono nello spazio della comparazione?<sup>11</sup> E ancora, che cosa implica tutto ciò per il suo metodo?<sup>12</sup>

anche N. Demleitner, *Comparative Law and Legal Education*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, II ed., Oxford, 2019.

<sup>6</sup> G. Gorla, voce, *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 501 ss.; R. Sacco, P.C. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., Torino, 2019; K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, III ed., Oxford, 1998; J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, 2015; R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit.; M. Siems, *Comparative Law*, II ed., Cambridge, 2018; C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, 2005; K. Boele-Woelki, D.P. Fernandez Arroyo (Eds.), *Current Issues of Comparative Law – Questions actuelles de droit comparé* (General Contributions of 2018 Fukuoka Congress – Contributions générales du Congrès de Fukuoka 2018), Berlin, 2019.

<sup>7</sup> K. Boele-Woelki, D.P. Fernandez Arroyo (Eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law*, Berlin, 2018.

<sup>8</sup> M.F. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; D. di Micco, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018; H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reinmann, R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.

<sup>9</sup> J.S. Bell, *Comparative Administrative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.

<sup>10</sup> G.F. Ferrari, *Stato e mercato: quali rapporti dopo la crisi?*, in DPCE, n. 1, 2010, pp. XVII-XXI; Id., *Crisi dell'ordine economico mondiale: tra mercato e regole*, in *Rivista AIDA*, 8, 2010, pp. 151-184.

<sup>11</sup> A. Somma, *Temi e problemi di diritto comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, vol. II, Torino, 2005; G.A. Bermann, P. Glenn, K. Lane Scheppelle, A. Shalakany, D.V. Snyder, E. Zoller, *Comparative Law: Problems and Prospects*, in *American University International Law Review*, vol. 26, issue 4, 2011, pp. 935-968; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991; G. Frankenberg, *Critical comparisons: Re-thinking comparative law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 26, issue 2, 1985, pp. 411-455; R. Scarciglia, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell'età dell'asimmetria*, in DPCE, Numero speciale, 2019, pp. 701-720; M. Siems, *New Directions in Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.

<sup>12</sup> G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*, Oxford, 2014; M.R. Ferrarese, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la fornice differenze/somiglianze*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 31, 2013, pp. 369-402; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014; P.G. Monateri (Eds.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012.

Muovendo da queste domande, ripercorreremo qui la genesi e la formazione del metodo che caratterizza la comparazione per poi soffermarci sul cosiddetto *cambiamento* che a oggi segnerebbe il tratto più evidente del fenomeno giuridico. Ci domanderemo infine quali conseguenze e quali implicazioni produca questo cambiamento nel paradigma del diritto comparato.

## 2. I principali contributi al metodo della comparazione. Un focus sull'esperienza italiana

### a) *L'apporto dello strutturalismo*

Nei primi trent'anni del Novecento, mentre la maggior parte dei giuristi esitava a immaginare l'analisi del diritto al di fuori della Nazione e delle corrispondenti categorie analitiche, varie scienze – tra cui la linguistica, la filosofia e la psicologia – iniziarono ad assumere come loro premessa d'indagine il presupposto per cui ogni oggetto di studio esisterebbe in quanto *struttura* o parte di quella; una sorta di corpo organico, per così dire, i cui elementi non hanno allora un valore autonomo e auto-determinato ma, al contrario, coordinato ad altri elementi e ricavato da quelli giacché a quelli posto in relazione; sicché il loro significato ultimo emerge dalle analisi delle interazioni, oppostive e distintive, di ciascun elemento rispetto al tutto.

Fu dunque questa l'idea che, proprio a partire da quei decenni, iniziò a fiorire e a diffondersi nell'Europa occidentale e negli Stati Uniti, dapprima nella linguistica – o come si diceva allora, nella glottologia – e poco dopo nella critica letteraria, nell'etnologia, nella psicologia e via via in tutte le altre scienze umane.

Nasceva così lo strutturalismo che, in breve tempo, divenne sia un metodo sia una visione. Era cioè un nuovo modo di guardare alle cose e insieme uno strumento nuovo per esaminarle; un modo che, per la prima volta, privilegiava il ruolo del tutto rispetto a quello delle singole parti, quello del sistema rispetto ai singoli atomi; un metodo che riconosceva e valorizzava l'esistenza di gerarchie e rapporti non accidentali tra i fenomeni<sup>13</sup>.

E non mancarono neppure le sfumature. Alcuni videro infatti nello strutturalismo un carattere spiccatamente naturalistico e anti-storicistico (*strutturalismo ontologico*); altri riconobbero nelle strutture il prodotto dei

<sup>13</sup> R. Jakobson, *Saggi di linguistica generale*, L. Heilmann (cur.), Milano, 1966.

tempi e del sentire umano, soggetto a cambiamenti (*strutturalismo storicizzante*); altri ancora intesero le strutture come un mero mezzo analitico ed esegetico dei fenomeni (*strutturalismo metodologico*); e non mancò neppure chi nello strutturalismo vide una necessità inderogabile della mente umana (*strutturalismo epistemologico*). Da questi approcci la psicologia costruì la *Gestalttheorie*<sup>14</sup>, l'antropologia diede vita agli studi di Boas e della scuola statunitense<sup>15</sup> e la linguistica ampliò e consolidò quelle intuizioni che, seppur in una forma embrionale, erano state di Saussure<sup>16</sup>.

Proprio a partire dal lavoro di Saussure<sup>17</sup>, la linguistica aveva scoperto impulsi e prospettive nuovi che nel 1929 confluirono nelle Tesi del Circolo di Praga<sup>18</sup> e poco dopo nei lavori di Hjelmslev a Copenaghen; e il tutto fu una rivoluzione<sup>19</sup>.

Prima di Saussure, infatti, lo studio e l'analisi di ogni lingua si organizzava attraverso una disposizione pre-ordinata di elementi astratti; sicché, in questa prospettiva, lo studio di ciascuna lingua prescindeva da analisi e spiegazioni esterne a quella. Il primo a dubitare della validità di un simile approccio fu proprio Saussure che pose il problema della natura di queste entità pre-ordinate, distinguendole in due gruppi: da una parte i dati concreti, come i suoni, e dall'altra le sistemazioni cognitive, come i fonemi<sup>20</sup>. Ed ecco che lo studio dei sistemi linguistici si fece allora necessariamente strutturalista.

<sup>14</sup> R. De Angelis, *Lo strutturalismo gestaltico*, in *Janus. Quaderni del circolo glossematico*, XIII, 2014, p. 65.

<sup>15</sup> F. Boas, nella sua celebre opera *The Mind of Primitive man*, del 1911, avanzò una propria definizione di cultura, intesa come «la totalità delle reazioni e delle attività intellettuali e fisiche che caratterizzano il comportamento degli individui che compongono un gruppo sociale – considerati sia collettivamente sia singolarmente – in relazione al loro ambiente naturale, ad altri gruppi, ai membri del gruppo stesso, nonché quello di ogni individuo rispetto a se stesso». Questa era il frutto evidente di un approccio strutturalista che emerge più chiaramente allorché afferma che la cultura «comprende anche i prodotti di queste attività» e soprattutto «i suoi elementi non sono indipendenti ma possiedono una struttura».

<sup>16</sup> F. de Saussure, *Cours de linguistique générale* [1916], trad. it. *Corso di linguistica generale*, Bari, 1967.

<sup>17</sup> *Ibidem*, si noti che in questo lavoro, considerato giustamente centrale nella nascita e nello sviluppo del metodo dello strutturalismo, l'autore non parla ancora di "struttura" bensì di "sistema".

<sup>18</sup> Il *circolo di Praga* o la *Scuola di Praga* è il nome sotto il quale si riuniva un gruppo di critici letterari e linguisti cechi e russi della prima metà del XX secolo. Il punto centrale di questo movimento fu l'elaborazione del concetto di *funzione nel linguaggio*. Prendendo le mosse dagli studi di Saussure, svilupparono il metodo di analisi strutturalista del linguaggio, influenzando i successivi sviluppi della fonologia, della linguistica e della semiotica.

<sup>19</sup> Il successo fu tale che nel giro di pochi anni quel nuovo metodo fiorì un po' ovunque. In particolare in Italia furono fondamentali gli studi di Domenico Bartoli e della sua scuola torinese che sviluppò il cosiddetto "metodo spaziale" di analisi glottologica.

<sup>20</sup> F. de Saussure, *op. cit.*

Nei decenni successivi, quel modo nuovo di procedere contagiò fortemente anche le altre discipline al punto che l'antropologia di Lévi-Strauss<sup>21</sup> si dichiarerà apertamente strutturalista e lo stesso si potrà dire della critica letteraria di Barthes<sup>22</sup> o della filosofia neo-kantiana di Cassirer<sup>23</sup>.

Eppure, nonostante questo clima da contagio generale, in Italia un po' tutte le discipline faticarono più che altrove a far propria quella nuova visione delle cose e quel nuovo metodo d'indagine.

Erano infatti quelli gli anni dell'*idealismo crociano* che, sebbene riconoscesse e proclamasse l'importanza dei fatti e della storia per la comprensione del reale, all'atto pratico poneva essenzialmente il *concetto* al centro e a monte della riflessione. A ciò si aggiunga inoltre, nello specifico delle vicende giuridiche che, a partire dai primi del Novecento e sino alla fine della Seconda guerra mondiale, i giuristi italiani guardavano quasi coralmemente alla Germania, abbandonando così l'esegesi di tradizione francese che sino ad allora era stata il punto di riferimento del loro sapere e delle loro analisi<sup>24</sup>.

La nascita del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), soprattutto grazie alla sua sorprendente sistematicità, aveva avuto infatti un effetto a dir poco dirompente nell'immaginario del giurista italiano; effetto che si sarebbe protratto per i decenni. Si noti poi che il successo del BGB si aggiungeva al fascino conformante che, già prima del codice, aveva avuto la dogmatica tedesca dalla scuola storica di Savigny<sup>25</sup>, alla pandettistica di Puchta<sup>26</sup> e certamente senza dimenticare la compiuta e influente opera di Windscheid<sup>27</sup>.

Si può quindi affermare che nella dottrina italiana delle prime quattro decadi del Novecento non mancasse l'abitudine di far propri teorie e concetti nati al di fuori dei confini nazionali; mancava invece la disposizione a studiare e comprendere la regola municipale attraverso l'esame delle similitudini e delle differenze che esistono tra quella e la regola applicata altrove.

<sup>21</sup> C. Lévi-Strauss, *Antropologie structurale*, Paris, 1958.

<sup>22</sup> R. Barthes, *Le Degré zéro de l'écriture*, Paris, 1953; Id., *Système de la mode*, Paris, 1967.

<sup>23</sup> E. Cassirer, *Philosophie der symbolischen Formen*, [1923], trad. it. *Filosofia delle forme simboliche*, Roma, 2015.

<sup>24</sup> Per una ricostruzione più dettagliata dell'evoluzione del pensiero e della dottrina italiana si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000.

<sup>25</sup> F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, [1814], trad. it. *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona, 1857.

<sup>26</sup> G.F. Puchta, *Kursus der Institutionen*, [1841], trad. it. *Corso delle istituzioni*, Napoli, 1854.

<sup>27</sup> B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Berlin, 1882.

Di certo, l'esperienza del ventennio fascista non agevolò lo scorrere delle cose in tal direzione. Il mito mussoliniano dell'autarchia economica e culturale, infatti, non incoraggiò la circolazione di opere straniere; di certo né di quelle inglesi né di quelle francesi e questo si tradusse di riflesso in un sostanziale disincentivo allo studio del fenomeno giuridico attraverso la comparazione.

In altre parole quelli furono gli anni in cui si inseguivano i concetti nella loro presunta purezza; in cui le definizioni precedevano e prescindevano il riscontro sul piano dei fatti, in cui si riteneva che gli enunciati normativi avessero un significato oggettivo e che l'interpretazione della regola fosse rimessa alla regola stessa, non già al punto di vista necessariamente soggettivo del suo interprete. Furono insomma gli anni del dogmatismo concettuale la cui pervasività fu tale da ritardare di fatto lo sviluppo di altre e nuove sensibilità metodologiche.

Ma come dicevamo *le cose cambiano*. All'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, sull'onda di un cambiamento culturale e sociale, una nuova generazione di studiosi, ivi compresi anche alcuni giuristi, iniziò infatti a mettere in dubbio la validità del dogmatismo e quella delle sue concettualizzazioni; troppo astratte e induttiviste, troppo sottratte al concreto riscontro nei fatti<sup>28</sup>.

Nel 1946, discutendo la propria tesi di laurea intitolata *Il concetto di interpretazione del diritto*, Rodolfo Sacco dimostrò a una dottrina ancora largamente dogmatica l'inconsistenza delle teorie che volevano il processo di interpretazione del diritto come oggettivo. Quello che oggi è considerato un classico, all'epoca fu uno scandalo<sup>29</sup>.

Molti anni dopo, nel volume *Che cos'è il diritto comparato*, curato da Paolo Cendon, Sacco si sente porre da Antonio Gambaro la seguente domanda: «Ma quando e come ti è venuto in mente di guardare dalla parte dei linguisti per cercare strumenti da adoperare nello studio del diritto?».

<sup>28</sup> Per un quadro generale di quel passaggio storico si vedano in particolare i lavori di Karl Popper, tra cui il precoce *Logik der Forschung* [1934], trad. it., *La logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, e *The Poverty of Historicism* [1944], trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, 1954.

<sup>29</sup> R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto* [1947], rist. A. Gambaro (cur.), Torino, 2003. Sacco stesso è solito raccontare che il suo relatore, Mario Allara, aveva accettato la conclusione della tesi e autorizzato la sua ammissione alla discussione finale, rifiutandosi però di discuterla in prima persona. Lo stesso rifiuto si ebbe anche da parte di altri membri della Facoltà torinese, invitati a svolgere quel compito in seguito al rifiuto di Allara. La scelta alla fine ricadde su un allora giovane professore, Norberto Bobbio, che acconsentì. Tuttavia la tesi fu poi esposta alla commissione di laurea unilateralmente da Sacco.

Risponde allora Sacco:

L'idea mi è venuta in Siberia. Nel lessico familiare di casa Sacco anni quaranta si chiamava così la camera d'angolo dell'appartamento che la mia famiglia occupava in via Plana 11. Il nome era dovuto al freddo che vi regnava, contro cui tentava di lottare una stufetta chiamata la transiberiana.

In quella camera, dove i mobili principali erano due scrittoi, Giorgio Sacco – mio fratello – e io dormivamo e studiavamo.

Portati alla conversazione (o, come dicevamo noi, alla chiacchiera) interrompevamo spesso il lavoro per raccontarci qualche scoperta fatta. Lui redigeva una tesi, intitolata *Rilievi intorno ad alcune forme pronominali proprie di alcune lingue africane*, che gli costò qualche anno di lavoro, e si estrinsecò in qualche 500 pagine, corroborate da altrettante cartine geografiche che indicavano la distribuzione spaziale di tale o tale fenomeno linguistico o culturale. Lavorava sotto la guida di Domenico Bartoli, grande linguista, ideatore del metodo spaziale, il quale doveva scomparire proprio alla vigilia della discussione di questa supertesi. Finii per frequentare anche io qualche lezione di Bartoli, ammirandone sia il metodo sia la lunga barba bianca.

Giorno per giorno, io vidi quanto aggiunga al sapere – alla conoscenza di due o più dati – il saperli intelligentemente comparare. Incominciai a praticare piccole equazioni (latino *-ca*, italiano *-ca*, occitano cisalpino *-cia*, francoprovenzale della Val d'Aosta *-ci* o *-tsi*, francese *-che*), mi impratichii, e non rinunciai mai più a conoscere “mediante la diversità”<sup>30</sup>.

Fu dunque attraverso la linguistica che Sacco incontrò lo strutturalismo – che proprio a partire da quegli anni e per i due decenni successivi avrebbe largheggiato specialmente nel mondo scientifico francese – e, attraverso quello, costruì quella sua esperienza di comparatista<sup>31</sup> che tanto ha influenzato anche le generazioni successive; sicché lo strutturalismo diventava così la prima freccia nella faretra del comparatista.

<sup>30</sup> Così Rodolfo Sacco, intervistato da Antonio Gambaro, in *Che cos'è il diritto comparato*, P. Cendon (cur.), Milano, 1992, p. 16.

<sup>31</sup> V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. Sacco (cur.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 205. Denti definiva il metodo di Sacco come “analisi strutturale del diritto”.

## b) *Comparazione e metodo storico*

Accanto allo strutturalismo, che è più marcatamente legato ai lavori di Sacco, troviamo poi l'approccio storico che caratterizzò vistosamente quelli di Gorla; si noti, entrambi da intendersi non già come due metodologie rivali, bensì come due strumenti necessariamente distinti ma votati allo stesso risultato e per questo spesso complementari e spesso intrecciati. Se lo strutturalismo ricava l'analisi attraverso la costruzione di rapporti e rispondenze (talvolta e necessariamente anche diacronici), questo secondo approccio privilegia un percorso di tipo filologico-storico che soggiace all'analisi e la sorregge sino a legittimarne le conclusioni<sup>32</sup>.

A ben vedere, Gorla aveva trattato la questione del metodo ne *L'interpretazione del diritto* del 1941, dove l'interpretazione non veniva intesa quale attività di esegesi attraverso i concetti bensì quale ricostruzione della più concreta attività storica del legislatore; sicché l'interpretazione del diritto non doveva essere un'attività concettuale di sistemazione delle regole bensì un processo di conoscenza storica di quelle e delle loro possibilità semantiche.

Neanche a dirlo, l'opera si poneva in netto contrasto con quello che era allora l'atteggiamento dominante in dottrina e ovviamente segnò la distanza di Gorla rispetto ai concettualisti ma anche rispetto ai meno numerosi cultori del cosiddetto *diritto libero*, della giurisprudenza degli interessi e paradossalmente anche rispetto alla stessa scuola storica. È lo stesso Gorla a ripercorrere le tappe di questa rottura e i successivi sviluppi che hanno segnato così profondamente il divenire del diritto comparato<sup>33</sup>.

Sarà però *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* del 1954 a incarnare questa sua visione del metodo storico nella comparazione. Nella recensione che il lavoro ricevette sulla *Harvard Law Review* si legge infatti:

The title of the work, *The Contract*, is somewhat misleading because the books do not deal with the law of contracts in its entirety but concentrate on this fundamental problem of contractual obli-

<sup>32</sup> Si veda G. Gorla, *Atto di disposizione dei diritti* del 1934; Id., voce, *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., p. 501.

<sup>33</sup> G. Gorla, *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Foro it.*, 1980, parte V, pp. 1 ss., ove si legge: «La rottura con il passato di giurista tendenzialmente dogmatico concettualista e l'apertura verso una concezione storicistica del diritto (base per la comparazione) sono segnate dalla mia prolusione pavese del 6 dicembre 1946 "Il sentimento del diritto soggettivo in A. de Tocqueville". Essa viene dopo un periodo di gestazione, fatto anche di altri studi storici quindi sulla via concettualistica: ma poi, fino al 1941-42, presi un'altra via; né posso qui dire come».

gation: what conditions and requirements render a promise binding and enforceable? In order to find the answer, the author makes a thorough comparative analysis of the whole structure of contractual obligation.

The first volume of the work starts with a discussion of the development of the law of contracts in Roman law, in medieval civil law and in the natural-law schools down to Domat and Pothier. After this historical analysis, Professor Gorla examines the civil-law contract in modern law; here he finds and considers in detail two distinct tests to determine the binding effect of the promise the one relating to promises to give something, the other to promises to do or not to do some act. Particular attention is addressed to the problems of enforceability raised by the gratuitous promise. The second part of this volume deals with the development in the common law of the doctrines of consideration and promissory estoppel<sup>34</sup>.

In altre parole, attraverso la sua “historical analysis”, Gorla riannodava di fatto i fili di ciò che costituiva l’oggetto della sua indagine. Così, accanto agli strumenti offerti dallo strutturalismo, il metodo storicista contribuiva a segnare il tratto metodologico della comparazione e della sua esperienza nella scienza giuridica<sup>35</sup>.

### c) *Il funzionalismo*

*Strutturalismo* da una parte e *filogenesi storica* dall’altra; sono dunque essenzialmente questi i due ingredienti principali dell’esperienza della comparazione.

Tuttavia, col passare degli anni, questa doppia dotazione strumentale fu oggetto di alcune critiche e revisioni che meritano qui di essere brevemente ricordate, poiché l’esito che ne derivò entrò di fatto anch’esso a far parte della strumentazione di cui si avvale oggi l’analisi comparata.

All’approccio storicista fu essenzialmente obiettato il suo tratto *non originale*, insufficiente cioè a far nascere da solo un nuovo metodo d’indagine e una nuova disciplina; molte altre scienze infatti, prime tra tutte quelle propriamente di ricerca storica, operano invero in questo modo e con una consapevolezza metodologica molto più profonda, che non si li-

<sup>34</sup> C. Szladits, recensione a G. Gorla, *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, in *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 8, 1956, p. 1535.

<sup>35</sup> P. Cerami, M. Serio (cur.), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011.

mita a trarre una conclusione dalla semplice ricostruzione di documenti storici bensì dalla loro più complessa problematizzazione.

Allo strutturalismo, invece, o almeno a quello della sua concezione originaria, si opposero obiezioni anche più profonde<sup>36</sup>, la maggior parte delle quali riguardò essenzialmente l'idea stessa di *struttura* – qui da intendersi come concetto – e si avventurò in una serie vastissima di speculazioni circa la natura ontologica e semiologica di quella. Il dibattito si protrasse a lungo e poi collassò; un po' perché nessuna critica si era in fondo rivelata davvero capace di negare la validità dello strutturalismo nella sua essenza ultima, bensì soltanto di attaccarlo in quanto teoria-concetto, e un po' perché – dopo il '68 – l'idea stessa di doversi identificare così nettamente con questo o quel metodo era passata ampiamente di moda. Da quel momento in poi, infatti, il metodo tornò a essere per lo più uno strumento di lavoro e molto meno un terreno di sfida tra studiosi e generazioni di studiosi.

Alla fine lo strutturalismo ne uscì comunque diverso, in parte rivisitato e forse a tratti persino più consapevole. Di certo aveva perso lo smalto dei decenni precedenti ma, allo stesso modo, aveva però salvato il fulcro vero del suo metodo, vale a dire la possibilità di analizzare un dato non già per come riferibile a se stesso, bensì alla luce delle dinamiche e delle relazioni che intercorrono tra quello e una serie di elementi esterni, tutti parte di una più complessa e sfuggente proiezione d'insieme: la struttura<sup>37</sup>. Questo non venne meno.

Tuttavia, nello spazio aperto da quel dibattito, nulla era più come prima e così vi si inserirono anche alcune sfumature nuove e di queste la più importante fu certamente il funzionalismo<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Furono centrali quelle provenienti dalla semiotica. Sul punto si segnalano, a titolo di esempio, i lavori di U. Eco e in particolare la critica all'idea di una struttura teleo-logica e oggettiva. Si segnala altresì P. De Man, *Roland Barthes and the Limits of Structuralism*, in *Yale French Studies*, n. 77, 1990, p. 177.

<sup>37</sup> Per guardare nel campo del giurista, un esempio su tutti è il lavoro del 1981 di Rodolfo Sacco sulla *traditio* dal quale emerge la centralità dell'elemento in Savigny, la sua scomparsa nel diritto francese positivo e la sua sopravvivenza quale crittotipo nella regola della *remise abstraite*. Grazie all'analisi strutturale di questa varietà della regola nello spazio e nei modelli, Sacco arrivò quindi alla scoperta della dissociazione fondamentale tra enunciazioni e regole operative, come equivalente della dissociazione esistente tra significanti e significati nella struttura linguistica. Analoga impostazione affiora anche in A. Gambaro, *La legittimazione passiva nelle azioni possessorie*, Milano, 1979, e in P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nei diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

<sup>38</sup> Per una compiuta riflessione sul punto si vedano M. Graziadei, *The functionalist heritage*, in P. Legrand, R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, pp. 100 ss.; G. Samuel, nel suo *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*, cit., nell'offrire al lettore una preziosa panoramica sul metodo della comparazione, riserva un posto centrale al funzionalismo evidenziandone sfumature teoriche, apporti pra-

All'impianto già tracciato dallo strutturalismo – vale dire la propensione a leggere l'oggetto dell'analisi alla luce delle dinamiche esterne a quello – il funzionalismo aggiunse (o forse più semplicemente, esplicitò) la consapevolezza di come quelle dinamiche non prescindessero dal fatto che ogni organo svolge rispetto all'insieme una specifica funzione, che è tanto utile per la comprensione dell'oggetto in sé quanto per la comprensione del ruolo che l'oggetto gioca rispetto al tutto<sup>39</sup>. E così il funzionalismo in parte superò lo strutturalismo e in parte lo reinventò. In altre parole, il contributo vero del funzionalismo fu quello di *innestare sullo strutturalismo una lettura funzionale (ovvero sociale, politica, economica, culturale) delle dinamiche e dei rapporti che intercorrono tra l'oggetto e la sua analisi strutturale*.

Nacque così l'analisi economica del diritto<sup>40</sup> che, soprattutto a partire dagli anni '80, offrì alla comparazione spazi d'indagine e chiavi di lettura nuovi, che aggiunsero appunto su una base essenzialmente strutturale la visione funzionalista delle cose che, in questo caso, assomigliava a una teleologia economica del diritto. E così lo strumentario del giurista acquisiva l'ultimo dei suoi tre ingredienti essenziali.

### 3. La costante ricerca di un comune denominatore

L'essenza ultima di che cosa significhi comparare sta dunque nel *conoscere mediante la diversità*<sup>41</sup>, sia quale prodotto di un'indagine strutturalista sia quale risultato di un percorso di filogenesi storica o, più sovente, quale insieme ibrido dell'una e dell'altra; e, a ben vedere, ciò si realizza sempre attraverso due opposti movimenti: «Notare tutto ciò che varia in tutto

tici e prospettive d'impiego. Si veda anche il recentissimo contributo di R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.

<sup>39</sup> Dev'essere qui ricordato l'ampio e rilevante contributo di Mauro Cappelletti che fu di certo caratterizzato anche da ampi tratti di funzionalismo. Si veda ad esempio M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H. Weiler (Eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, New York, 1986.

<sup>40</sup> Fu fondamentale il contributo e lo slancio dato da Ronald Coase e Guido Calabresi. Si vedano G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-552; Id., *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970; Id., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1128; R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44.

<sup>41</sup> R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, cit.

ciò che sembra uguale o, al contrario, notare tutto ciò che resta uguale in tutto ciò che varia»<sup>42</sup>. È dunque una questione di metodo<sup>43</sup>.

Ma la diversità pone sempre dei problemi<sup>44</sup>. Serve infatti un comune denominatore sia per poter tracciare delle relazioni tra entità diverse, sia per poter condurre a sintesi esperienze diverse.

È allora questa la costante sfida cui è sottoposto il metodo della comparazione: trovare un comune denominatore su cui adagiare la diversità per poterla analizzare strutturalmente e diacronicamente.

Sempre intervistato da Gambaro, Sacco dice infatti:

È di prima evidenza che l'ideale del linguista non consiste nel saper parlare tre, cinque, ventotto lingue, ma nel saper misurare le differenze, nel saper esprimere con una verità astratta migliaia e milioni di verità concrete. [...] Noi giuristi arriviamo raramente alla formulazione di verità così generali. Tuttavia a me pare che [...] le formulazioni definitorie abbiano un grado di generalizzazione superiore a quello delle regole operazionali. Questa prima coincidenza è responsabile di un secondo dato, anch'esso inatteso: e cioè, scelti per l'indagine sistemi particolarmente vicini, può darsi che le regole operazionali di tutti questi sistemi si assomiglino tra loro più di quanto ognuna di esse assomigli alle definizioni presenti nel suo sistema, e che le definizioni di tutti i sistemi considerati si assomiglino fra loro più di quanto ognuna di esse assomigli alla regola pratica presente in quello stesso sistema<sup>45</sup>.

Così, al pari di tutte le scienze comparanti, anche la comparazione giuridica può procedere nella sua analisi solo mediante l'individuazione di denominatori comuni, di unità minime di relazione e di rapporto, che

<sup>42</sup> D. di Micco, *Regolare la globalizzazione*, cit., p. 155.

<sup>43</sup> R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2016; Id., *Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am M., 2018, p. 477; B. Markesinis, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004; L. Pegoraro, A. Riviella, *Introduzione al diritto pubblico comparato: metodologie di ricerca*, Padova, 2002; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., Torino, 2018.

<sup>44</sup> Così diffusamente in R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo a una macro-storia del diritto*, Bologna, 2007; Id., *La diversità nel diritto: a proposito di problemi di unificazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 46, 2000; M. Graziadei, *L'uguaglianza, la diversità e il diritto: vive la différence!*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2017, pp. 154 ss.; D. di Micco, *Diversità del diritto e delle culture nella visione popolare e nel pensiero dotto*, voce, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed., Torino, 2013; M. Bussani, M. Graziadei (Eds.), *Human Diversity and the Law*, Brussels, 2005.

<sup>45</sup> R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, cit., p. 17.

in fondo altro non sono se non un metro affidabile con cui misurare le differenze<sup>46</sup>.

#### 4. La comparazione e le incognite del mondo che cambia

Messi in evidenza i principali contributi al metodo della comparazione, è allora tempo di riprendere la domanda con cui abbiamo chiuso la premessa.

In questo tempo di rapidi cambiamenti che a vario titolo interessano il fenomeno giuridico nel suo insieme, sono ancora validi il metodo – come abbiamo visto, essenzialmente strutturalista e storico, sia pur con qualche integrazione di funzionalismo – e le unità di rapporto minimo che la comparazione aveva così attentamente individuato per misurare il diritto? Se sì, resta tutto invariato oppure si rendono necessari alcuni arrangiamenti?

Per cercare di rispondere a queste domande è bene fare un po' di ordine per inquadrare meglio ciò che si nasconde dietro alla parola *cambiamento*.

A ben vedere infatti anche nello spazio del cosiddetto “cambiamento” si contano numerose e significative differenze che possiamo raggruppare via via in base a molti e mutevoli parametri che in larga parte dipendono essenzialmente solo dal nostro modo di scegliere ciò che guardiamo. Qualcuno, per esempio, preferisce analizzare i cambiamenti in atto per come essi si ritrovano nel contenuto delle regole; altri invece preferiscono notare come quei contenuti prendano forma grazie a un composito strumentario che riflette le logiche del divenire economico e sociale. Qualcuno poi preferisce osservare i cambiamenti che riguardano l'applicazione e l'amministrazione della regola e qualcun altro preferisce invece osservare come quelle idee – di applicazione e amministrazione della regola – oggi non rispecchino più i caratteri tradizionali dello Stato ma al contrario e sempre più spesso quelli extra-statali, ora pubblici ora privati. E molti altri esempi potrebbero seguire; sicché l'analisi del cambiamento non trova un'unica e assorbente narrazione.

Quel che è quindi certo è che la stessa idea di cambiamento nel fenomeno giuridico è tutt'altro che uniforme e per questo quasi mai misurata univocamente e con lo stesso metro. Per questo motivo tenteremo

<sup>46</sup> A. Gambaro, *Misurare il diritto?*, in *Ann. dir. comp.*, 2012, p. 17; T.S. Clark, *Measuring Law*, in R.M. Howard, K.A. Randazzo (Eds.), *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, New York, 2017.

allora qui di isolare, nella sua narrazione, quelli che sembrano essere i due piani evidenti – sui quali tutti possiamo convenire – su cui prende forma il cosiddetto cambiamento nel fenomeno giuridico: da una parte il cambiamento che attiene alla complessità del fenomeno regolatorio tra nuovi attori, nuovi strumenti e nuove sfide; dall'altra il cambiamento che riguarda i contenuti della regola, per domandarci infine se e come tutto ciò modifichi il paradigma metodologico del comparatista.

a) *La complessità del fenomeno regolatorio: un quadro d'insieme tra nuovi attori, nuovi strumenti e nuove sfide*

Il cosiddetto *cambiamento* è sotto gli occhi di tutti. Viviamo infatti in un'epoca che nutre e incoraggia un ampio e articolato processo di standardizzazioni che, per le dimensioni raggiunte, a tratti paiono assomigliare persino a un meno probabile processo di unificazione che, per l'appunto e per converso, tarda invece a realizzarsi<sup>47</sup>.

E il diritto cambia<sup>48</sup>. Nuove e permeanti fonti di regolazione, per lo più esterne al paradigma nazionale, realizzano e legittimano convergenze sempre più ampie tra i diversi ordinamenti, sia sul piano della previsione legislativa sia su quello della corrispondente attività giudiziaria<sup>49</sup>. Regole create da organismi internazionali o sovranazionali, pubblici o privati, incidono infatti sempre più profondamente nel fenomeno giuridico e nelle sue logiche<sup>50</sup>; nuovi strumenti, spesso anche del tutto estranei alla tradizionale esperienza della gerarchia delle fonti, come ad esempio quelli di cosiddetto *soft law*<sup>51</sup> contribuiscono invero a rendere sempre più uniformi le diverse legislazioni nazionali in molti settori del diritto, in una prospettiva finalizzata a recepire gli impulsi provenienti dal mondo dell'economica e dei mercati. Allo stesso modo, gli accordi internazionali e sovranazionali incoraggiano la circolazione delle persone e delle merci con numeri ogni giorno crescenti, sicché l'economia conduce le dinamiche sociali verso un'ampia destrutturazione che coinvolge inevitabilmente anche le forme del diritto.

<sup>47</sup> D. di Micco, *Regolare la globalizzazione*, cit.

<sup>48</sup> M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, cit.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

<sup>49</sup> S. Ferreri, *Le fonti normative di produzione non nazionale*, Torino, 1984.

<sup>50</sup> S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

<sup>51</sup> H. Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, in *European Journ. of Intern. Law*, 1999, pp. 499-515; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

In questo quadro la gerarchia delle fonti, che rappresenta la sintesi dei mezzi di produzione delle regole e dei rapporti di precedenza e subordinazione che li ordinano, àltera e distorce la sua storica fisionomia: non più la legge sola ed egemone al suo vertice, bensì affiancata da nuovi ed eterogenei strumenti, la cui natura non è più né *solo* nazionale né *solo* pubblica<sup>52</sup>. Interi settori del diritto, specialmente quelli di spiccata rilevanza economica, si affidano infatti ad altri strumenti: più rapidi, più disponibili, più flessibili; e così la gerarchia delle fonti si rimodella, passando da una forma sostanzialmente rigida e verticale a una più duttile e orizzontale.

E poi c'è lo Stato. A partire dalla Modernità era stato il protagonista assoluto nel fenomeno di produzione della regola, oggi non è più il solo referente del processo; non è più l'*unico* depositario degli strumenti necessari per affrontare le nuove sfide del diritto nello spazio globale<sup>53</sup>.

Così il diritto si produce in una vasta gamma di esperienze diverse, nasce da un numero sempre più elevato di soggetti non istituzionalizzati e spesso non riconducibili ad alcun modello del passato; in parte ancora espressione di volontà istituzionali, ma ancor più di realtà e tessuti economici, di gruppi sociali e culturali che decentrano e rompono l'unità monistica che aveva sin qui retto lo spazio giuridico<sup>54</sup>.

Accanto agli Stati e alle istituzioni sovranazionali si aggiungono infatti le corti internazionali<sup>55</sup>, le *corporations*, le organizzazioni non governative, gli atti delle autorità regionali, i verdetti delle corti arbitrali<sup>56</sup> e le elaborazioni normative delle *transnational law firms*<sup>57</sup> che plasmano il con-

<sup>52</sup> A. Somma (cur.), *Soft Law e Hard Law nelle società post-moderne*, Torino, 2009.

<sup>53</sup> L. Levi, A. Mosconi, *Globalizzazione e crisi dello stato sovrano*, Torino, 2005; O. Schachter, *The Decline of the Nation-State and Its Implications for International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, pp. 7-23; T.M. Fazal, *State Death in the International System*, in *International Organization*, vol. 58, n. 2, 2004, pp. 311-344; M. Horsman, A. Marshall, *After the Nation-State*, New York, 1994; K. Ohmae, *The End of the Nation-State*, New York, 1995; W. Wriston, *The Twilight of Sovereignty*, New York, 1992; M. van Creveld, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, 1999; N. Mac Cormick, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 1-18.

<sup>54</sup> S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969.

<sup>55</sup> G. Guillaume, *The Future of International Judicial Institutions*, in *Int'l. & Comp. L. Q.*, vol. 44, 1995, 848-862; T. Treves, *Le controversie internazionali: Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999; B. Kingsbury, *Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?*, in *New York University Journal*, vol. 31, 1999, pp. 679-696; T. Buergenthal, *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?*, vol. 14, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, 267-275; C. Tomuschat, *International Courts and Tribunals*, voce, in *Oxford Public International Law*, 2019.

<sup>56</sup> M.L. Moses, *The Principles and the Practice of International Commercial Arbitration*, II ed., Cambridge, 2012.

<sup>57</sup> J. Flood, F. Sosa, *Lawyers, Law Firms, and the Stabilization of Transnational Business*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 28, 2008, pp. 489 ss.; D.D. Sokol, *Glo-*

tinuo divenire della *lex mercatoria*, tra un'incessante rielaborazione del diritto contrattuale e una costante elaborazione di modelli contrattuali atipici.

È dunque certamente in corso un massiccio processo di de-statuazione della regola, in cui pare che al monopolio della *governance* a potere centralizzato di ieri si sostituisca la *governance* a potere diffuso di oggi<sup>58</sup>: non più manifestazione di un'unica volontà, statale, bensì la sintesi di una frastagliata eterogeneità di valori disponibili tra le parti sociali e dunque esposti a processi di formazione diversi<sup>59</sup>.

Lo spazio globale impone infatti cooperazioni e aggregazioni continue e a tutti i livelli, sicché anche gli Stati si ritrovano a praticare interazioni continue e di ogni sorta, nelle quali, paradossalmente, ogni Stato è meno autonomo all'interno dei propri confini ma allo stesso tempo anche molto più determinante per ciò che accade nei confini degli altri. Commercio, mercati, risorse scarse e migrazioni di massa costringono infatti gli Stati a consorziarsi: in unioni, in federazioni, in cooperazioni o in svariate altre forme di aggregazione che spesso non assumono una veste istituzionalizzata ma, al contrario, estemporanea e meramente funzionale al risultato. E così, a ben vedere, è ancora in larga parte lo Stato a dover provvedere le risposte necessarie ai fenomeni economici globali<sup>60</sup>.

Lo spazio globale non è allora un vuoto di poteri bensì una diffrazione dell'idea stessa di potere, alla quale fa inevitabilmente eco anche quella delle sedi di giudizio.

Nella Modernità lo Stato aveva consacrato l'idea per cui l'amministrazione della giustizia dovesse essere una prerogativa pubblica e dunque statale; e la questione era così centrale e delicata che si fece in modo di proteggerla persino dalle possibili ingerenze dello Stato stesso. Così, un po' ovunque, la giustizia si fece pubblica e i giudici furono affidati al loro autogoverno e soggetti solo alla legge.

Oggi assistiamo allo sviluppo incessante di corpi di regole esterni alla previsione statale che di conseguenza si sottraggono alla giurisdizione

*balisation of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for a Further Study*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, 2007, pp. 12 ss.

<sup>58</sup> M. Albrow, *The Global Age. State and Society beyond Modernity*, Stanford, 1996.

<sup>59</sup> G. Teubner, *Global private regimes: Neo-Spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*, in *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, 2004, in cui si legge: «The specificity of the neo-spontaneous law lies only in the fact that it is based not on governmental decision but on more or less thoroughly organized social processes that each bring about a very specific selectivity of the norm-making».

<sup>60</sup> G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012.

zione pubblica<sup>61</sup>. Si prendano ad esempio i tribunali arbitrali: sono sedi private, fondate per contratto e chiamate a intervenire quando si rompe qualcosa negli accordi tra società. Sono i tribunali del capitale, che servono proprio *per evitare il giudice*; sono la testimonianza evidente di come il capitale tenda ad autoregolarsi, mal sopportando qualunque corpo di regole esterne a esso e per questo votate alla tutela di più ampi interessi.

Così, le dinamiche economiche tendono a creare un proprio diritto che passa necessariamente attraverso una de-statalizzazione delle regole e una de-statalizzazione dell'autorità. In questa logica, all'aumento del potere del capitale deve corrispondere una diminuzione del potere dello Stato; e in quella diminuzione il capitale si autolegittima.

La prassi arbitrale contempla invero la possibilità di convenire liberamente circa il diritto da applicare, e questo costituisce di fatto un ridimensionamento e una relativizzazione dello Stato. Rimettendo la questione agli arbitri, scelti dalle parti stesse, si ridimensiona poi l'idea di giudice pubblico e in tutto ciò il capitale si autolegittima e disegna il profilo di un diritto globale senza Stato che molto assomiglia a un *revival* della consuetudine (che non a caso fiorisce nella storia quando manca un ordine politico centralizzato, come fu per esempio anche nel lungo Medioevo).

In questa diffrazione del fenomeno regolatorio, le multinazionali infatti concludono accordi che sfuggono alle giurisdizioni nazionali e rimettono le eventuali controversie a un collegio arbitrale selezionato da loro e indipendente dagli apparati della giustizia pubblica, che applicherà norme di diritto commerciale transnazionale. E tutto ciò, vale a dire il paradigma di questa "giuridicità", si legittima *oltre lo Stato*; oltre il suo apparato di regole e talvolta persino nella loro negazione<sup>62</sup>.

Più che un vuoto di potere o un'assenza di *governance*, nello spazio del diritto al presente va allora in scena la *diffrazione del potere* che si traduce in *un composito insieme* fatto di tanti e diversi centri di produzione e di amministrazione della regola<sup>63</sup>. Al modello centralizzato di ieri che, a partire dalla Modernità, trovava nello Stato l'organicità della *governance* del fenomeno giuridico, non si sostituisce un vuoto bensì un modello decentralizzato e inorganico in cui vari Stati, coordinamenti, unioni, federazioni, accordi, corpi intermedi e molte altre forme di aggregazione, permanenti o temporanee – partecipano all'idea di *governance* che resta però priva di organicità complessiva.

<sup>61</sup> W. Mattli, *Private Justice in a Global Economic: From Litigation to Arbitration*, in *International Organization*, vol. 55, n. 4, 2001, pp. 919-947.

<sup>62</sup> D. di Micco, *Regolare la globalizzazione*, cit.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

In tutto ciò, sapranno il metodo e gli strumenti della comparazione garantire valide unità di misurazione anche nel paradigma del diritto che cambia?

### b) *I contenuti della regola: tra cambiamento e resistenze*

Tuttavia, nel quadro appena descritto, non tutto cambia allo stesso modo, né nella stessa direzione e neppure con la stessa velocità; sicché anche questo complica la misurazione del fenomeno giuridico presente. Su scala globale restano infatti ancora parecchio difforni, e piuttosto lontane tra loro, le regole che disciplinano diversi settori della dimensione giuridica contemporanea.

Sopravvivono nello spazio regimi regolatori diversi per quanto riguarda i diritti umani, la loro pienezza e quindi il loro rispetto; sopravvivono regimi diversi per quanto concerne i diritti della persona, lo *status* della donna, quello dei minori, la disciplina delle unioni omosessuali, quella delle adozioni, dell'aborto, dello *status* di cittadino e di cittadinanza, delle questioni concernenti il fine vita, l'eutanasia, la fecondazione assistita, le scelte di bioetica in generale e molto altro ancora.

In tutto questo non sembra ripetersi la stessa standardizzazione; non sembra cioè riprodursi o, per lo meno, non con la stessa uniformità sul globo, né con la stessa intensità e nemmeno attraverso le stesse dinamiche, la stessa spinta all'uniformazione che abbiamo descritto nel precedente paragrafo.

Verosimilmente la ragione di questa disparità dipende dal fatto che, anche nello spazio del diritto globale, mentre le dinamiche economiche hanno un bisogno irrinunciabile di realizzare convergenze ampie – che il diritto è chiamato a garantire proprio mediante il processo di standardizzazione<sup>64</sup> – per converso i contenuti e gli aspetti più propriamente culturali del diritto, radicandosi invece nel tratto più profondo delle cose, come l'identità, la religione, la tradizione o l'elemento territoriale, trovano in questi un appiglio sufficiente per non essere ridotti con altrettanta facilità in nome dell'uniforme<sup>65</sup>.

In altre parole, *non tutto nello spettro del diritto subisce lo stesso grado di inclinazione verso l'uniforme*; non tutta la diversità trova nell'uniforme un valore aggiunto.

<sup>64</sup> K. Pistor, *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies*, in *Research papers for the Intergovernmental Group of Twenty-Four on International Monetary Affairs*, G-24 Discussion Paper No. 4, 2000, pp. 1-20.

<sup>65</sup> R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.

Se è vero infatti che i commerci portano da sempre con sé una certa insofferenza verso confini, dogane, dazi, leggi nazionali e ogni altra forma di “circoscrizione” radicata nel senso dello spazio, per contro è altrettanto vero che altri settori del diritto – si pensi ad esempio al diritto costituzionale, al diritto amministrativo, a quello penale o a quello di famiglia – pur non essendo “impermeabili” al cambiamento, continuano però a trovare nel senso del luogo e del diritto statuale le ragioni per preservare la propria peculiarità, depositaria di quei caratteri e di quei contenuti culturali che non sono liberamente interscambiabili. Lo spazio porta infatti con sé un potente marcatore dell’identità ora del singolo, ora del gruppo; ed è proprio questo tratto irriducibile a riflettersi ancora nelle espressioni il “nostro diritto” e le “nostre leggi”.

A ben vedere però, anche riguardo all’affermazione per cui i mercati propenderebbero inevitabilmente verso l’uniforme, occorre una precisazione: di certo essi tendono a ridurre la funzione delle frontiere e dei confini per favorire i flussi economici, ma allo stesso tempo quegli stessi mercati usano proprio le frontiere e la diversità giuridica che con quelle si realizza per trarre vantaggi enormi dai diversi regimi che proprio i confini e le frontiere assicurano; pensiamo al costo del lavoro, ai diritti sindacali dei lavoratori, alle tutele, alla regole in tema di salute pubblica e via dicendo; in questo complesso e destrutturato spazio globale, *la diversità è un elemento irrinunciabile anche per i mercati che hanno bisogno di squilibri evidenti per funzionare.*

Tutto questo vive oggi nel contenuto della regola. Di conseguenza, tutto questo rientra allora nelle misurazioni del comparatista e mette alla prova il suo metodo d’indagine.

## 5. Struttura vs liquidità: il rompicapo della comparazione oggi?

Al netto di tutto ciò, se fossimo chiamati a riassumere in una sola parola quanto abbiamo descritto nel precedente paragrafo, probabilmente converremmo sul fatto che *liquidità* potrebbe essere un buon compromesso e una buona sintesi. Ed è per questo che, anche tra i comparatisti, non è mancato chi si è dedicato al tema contribuendo alla sua analisi in modo ricco e significativo<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> S. Mancuso, *Liquidità e comparazione. Un breve viaggio tra diritto, antropologia e sociologia*, Pisa, 2018.

Facendo nostra la celebre immagine con cui Zygmunt Bauman descriveva i caratteri della società a noi contemporanea, potremmo forse riassumere così in un'unica parola tutto il senso di quel composito e multiforme cambiamento che a vario titolo interessa il fenomeno giuridico del tempo presente<sup>67</sup>.

È infatti del tutto evidente la potenza comunicativa di questo significante che ci restituisce, attraverso l'immagine di un cambiamento fisico, il senso ultimo di un corpo (ovvero la società contemporanea che Bauman chiamava *moderna* in senso a-storico) che passa dallo stato solido e strutturato di ieri al suo opposto, privo di forma e di strutture. *Liquido*, appunto.

Ma allora, come applicare la metodologia propria della comparazione – strutturalista in senso ampio e storicizzante – a un fenomeno che sembra privo di riferimenti solidi? Come applicare una struttura a qualcosa di liquido? Come tessere una ricostruzione filo-storica in una massa priva di riferimenti?

Sembrerebbe allora essere questo il rompicapo della comparazione alla prova del mondo che cambia. Ma forse, a ben vedere, il problema è amplificato dalla sua errata impostazione di fondo.

Occorre infatti un monito. Le immagini – qui compresa quella della *liquidità* – hanno infatti una forza comunicativa che spesso parole più avvedute e più precise non trovano; è proprio questo il loro potere. Tuttavia, per funzionare, esse hanno anche un inevitabile bisogno di enfatizzare, di acuire e di estremizzare il messaggio; le immagini funzionano infatti perché sottolineano i caratteri più estremi della narrazione, sicché ciò che ci restituiscono finisce per essere solo in parte il fedele ritratto della realtà.

In altre parole *non è tutto liquido nello spazio del diritto che cambia*. Al contrario, le strutture di ieri, che pur in buona parte perdono il ruolo avuto sin qui, in misura altrettanto significativa sopravvivono e si rimodellano, generando così corpi ed equilibri nuovi, funzionali allo spazio di un paradigma nuovo.

*La liquidità non dev'essere allora intesa come assenza di strutture, bensì come assenza di staticità nel gioco di quelle*. Il paradigma del diritto che cambia non è infatti una massa informe e destrutturata bensì *un paradigma mobile di strutture duttili*, rese tali da dinamiche sociali ed economiche che hanno le stesse caratteristiche; sicché è allora questo il messaggio che il giurista dovrebbe ricavare dall'idea *liquidità*.

<sup>67</sup> Z. Baumann, *Modernità liquida*, Bari, 2011.

E così, messa a fuoco l'idea, il problema *struttura vs liquidità* appare allora fortemente ridimensionato. Il vero ostacolo è invece rappresentato proprio dal fatto che occorre misurare un paradigma in costante divenire e al contempo risultato dell'operare di una dispersa molteplicità di attori; il che non vuol dire privo di strutture bensì, al contrario, *ricco di strutture instabili* che si modellano tanto nella sfera del pubblico come in quella del privato e spesso a cavallo di entrambe.

## 6. Conclusioni. L'arte dell'imperfetto

In questo breve *excursus* nella storia del metodo della comparazione, abbiamo avuto modo di esaminare i due fondamentali apporti allo strumentario del comparatista e alla sua capacità di analisi del fenomeno giuridico.

Abbiamo visto infatti come lo strutturalismo abbia portato in dote alla scienza la capacità di osservare e comprendere l'oggetto dell'indagine in una prospettiva più ampia, fatta di rapporti e di interazioni variabili tra l'oggetto, inteso come parte di un tutto, e il tutto; come il metodo storico abbia aggiunto, accanto allo strutturalismo, la capacità di ricostruire la dimensione e la natura delle cose per come quelle emergono dalla loro stessa storia; e infine, come il funzionalismo abbia aggiunto all'impianto strutturalista qualche prospettiva di lettura, circa la natura e la funzione di quelle relazioni di cui l'oggetto dell'analisi è parte.

Questi sono stati dunque sin qui i tre ingredienti principali della comparazione e, come è emerso dal paragrafo 3, rappresentano insieme la tendenza costante del comparatista a cercare un'unità minima di rapporto, una misura comune e affidabile per indagare la diversità esistente nel fenomeno giuridico e da quella ricavare la visione del reale.

Ma il tempo delle conclusioni ci riporta allora anche alla domanda iniziale.

In un mondo che cambia nella direzione della complessità, che abbiamo descritto al paragrafo 4, potranno ancora questi strumenti rispondere con efficacia e puntualità alle nuove sfide che questo cambiamento implica nell'analisi del diritto?

A ben vedere, la qualità della risposta dipende invero dall'esatta comprensione del cambiamento in questione. Come abbiamo visto al paragrafo 5, infatti, l'idea che meglio lo sintetizza è forse quella della *liquidità*, la quale è però in realtà spesso fraintesa e scambiata per una generale assenza di strutture, di gerarchie e di rapporti nel mutato scenario del diritto. Se così fosse, il metodo strutturalista e la storicità nulla potrebbero.

Ma così non è. Lo spazio del fenomeno giuridico a noi contemporaneo non è privo di strutture o, per rimanere sull'immagine della metafora, di riferimenti solidi; al contrario e come abbiamo visto, le strutture resistono, ma perdono la loro affidabile staticità. Il paradigma del diritto che cambia diventa allora *il gioco mobile di strutture duttili*, che rispecchiano dinamiche sociali ed economiche che hanno le stesse caratteristiche; sicché, se alla misurazione di una liquidità erroneamente intesa come *assenza di strutture* difficilmente lo strutturalismo, lo storicismo e il funzionalismo avrebbero saputo far fronte, per converso alla misurazione di una liquidità vista come *il processo dinamico e mutevole di rapporti che prendono forma tra strutture vecchie e nuove*, i tre strumenti possono ancora contribuire, seppur con una necessaria dose aggiunta di dinamismo.

Ciò che mette allora davvero alla prova la comparazione e il suo metodo d'indagine non è tanto la liquidità, quanto piuttosto *la de-verticizzazione delle fonti, la corrispondente gestione acefala della governance del fenomeno giuridico e la conseguente polverizzazione dei centri di produzione e amministrazione della regola*.

Di certo, questi tre fenomeni, che concorrono a ridisegnare lo spazio del diritto al presente, rendono allora più remota la possibilità di riannodare davvero, attraverso una corretta filogenesi storica, la regola e la sua interpretazione e, con altrettanta evidenza, costringono lo strutturalismo a integrare nelle sue speculazioni anche l'attività di un numero crescente di soggetti agenti, ora pubblici ora privati, che complicano la possibilità di ogni proiezione strutturante. La complicano, ma non la impediscono.

A ben vedere, infatti, non compariamo mai ciò di cui già abbiamo completezza; al contrario, compariamo *sempre frammenti parziali* per costruire una lettura d'insieme, che diversamente mancherebbe, proprio attraverso il loro raffronto.

In conclusione, possiamo allora dire che la comparazione alla prova del mondo che cambia è chiamata a una duplice prova: su un piano variano infatti le fattezze dell'oggetto della sua indagine; sull'altro, il mutamento che concerne l'oggetto, implica un ulteriore vaglio della dotazione strumentale, che si fa sempre meno netta e distinta.

Ma come abbiamo visto, in fondo, comparare è l'arte dell'imperfetto.

Domenico di Micco  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Torino  
Lungo Dora Siena, 100  
10153 Torino  
domenico.dimicco@unito.it

