

Michele Graziadei

Un compasso allargato. La comparazione giuridica nel mondo attuale e le questioni di metodo

(doi: 10.17394/114827)

Diritto pubblico comparato ed europeo (ISSN 1720-4313)

Fascicolo Speciale, novembre 2024

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.

Michele Graziadei

Un compasso allargato

La comparazione giuridica nel mondo attuale e le questioni di metodo

New Frontiers in Comparative Legal Methodology: What Tools for Legal Research in the 21st Century?

Comparative law has significantly evolved, now encompassing a wide range of themes and legal systems beyond Western traditions. *Diritto pubblico comparato e europeo* has accompanied this transformation. This shift highlights that Western conceptions of law do not universally apply in our multipolar world. The current essays show that alternative forms of normativity can challenge or overcome Western legal models in governing social life, beyond their diffusion or transplantation. Comparative law must embrace this diversity and develop methodologies to analyze global legal practices effectively. The field's future depends on its ability to adapt, innovate, and provide a comprehensive understanding of law across diverse cultural and societal contexts.

Keywords: comparative law, methodology, normativity, effectiveness, cryptotypes.

1. Un quarto di secolo

Un quarto di secolo è trascorso da quando la *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo* – per molti, semplicemente *DPCE* – ha aperto i battenti, con un programma ambizioso. A esso è rimasta fedele nel corso del tempo, pur adattandosi a un panorama in mutamento, come ha fatto per cogliere lo spirito del tempo, e mantenere ben viva l'idea originale.

Seguendo questa linea, oggi la *Rivista* accoglie regolarmente articoli approfonditi che difficilmente potevano essere pubblicati quando fu lanciata. In ordine sparso, mi riferisco, ad esempio, ai recenti saggi di Domenico Amirante sui tribunali ambientali in India¹, Enrico Andreoli²,

¹ D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in *DPCE online*, 37, 4, 2019.

² E. Andreoli, *Recognising traditional marriages: pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell'Africa coloniale*, in *DPCE online*, 37, 4, 2019.

Adriano Dirri³, Veronica Federico⁴, Matteo Nicolini⁵, Romano Orrù⁶ sul diritto nell’Africa subsahariana, di Angela di Gregorio sul costituzionalismo nello spazio ex sovietico⁷, e le citazioni si potrebbero moltiplicare.

In effetti, quando la *Rivista* fu avviata lo studio di temi riguardanti i sistemi giuridici non occidentali poteva contare su pochissimi esperti. Per di più, consultare le fonti di quei paesi richiedeva ricerche particolarmente laboriose, da condurre senza il supporto della rete internet e di quanto offre oggi il vasto mondo dell’editoria digitale. Tutt’ora però l’apprendimento della lingua da conoscere per condurre la ricerca sui paesi islamici, o sul diritto cinese o giapponese, o su sistemi ancor meno frequentati, rimane una vera sfida; pochi in Italia possiedono questi strumenti.

La crescita di una comunità scientifica, ricca di voci che spaziano dai temi classici ai contributi di frontiera, è sotto gli occhi di tutti. La *Rivista* gode dunque di ottima salute, e il lancio di *DPCE online*, destinato ad ampliare ulteriormente la cerchia dei lettori, lo conferma. Dunque, una scommessa vinta. Era una scommessa di non poco conto, soprattutto se si considerano i duri colpi inferti dalle impetuose trasformazioni del mercato editoriale alle pubblicazioni periodiche dedicate al mondo del diritto proprio negli anni in cui la *Rivista* si è affermata. C’è quindi più di una ragione per festeggiare il quarto di secolo ormai trascorso.

Nei medesimi anni, il diritto comparato è entrato a pieno titolo a far parte della formazione del giurista. Si tratta di un primato dell’Italia⁸, mentre in molti altri Paesi si preferisce impartire allo studente qualche corso di diritto straniero, come in Francia, o si lascia la materia in posizione ancillare, come in Germania.

L’apprezzamento per la comparazione giuridica nel nostro Paese si è diffuso nelle diverse discipline, al di là di quelle espressamente inti-

³ A. Dirri, *Il local government nell’Africa Subsahariana tra costituzionalismo e Traditional law*, in *DPCE online*, 50, fasc. speciale, 2022; Id., *Partiti politici e cleavages: la “regolamentazione” dell’etnicismo in alcune transizioni federali dell’Africa sub sahariana*, in *DPCE online*, 63, fasc. speciale 1, 2024.

⁴ V. Federico, *Multilingual policy versus monolingual practices. Le ambiguità (irrisolte) dell’esperienza sudafricana*, in *DPCE*, 4, 2016, 1167-1188.

⁵ M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe* in *DPCE online*, 37, 4, 2019.

⁶ R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla “democrazia impossibile” alla “democrazia illiberale” senza passare per la “democrazia costituzionale”?*, in *DPCE online*, 3, 2020. Si segnalano inoltre sul tema i vari contributi sui regimi presidenziali e semi-presidenziali in Africa, raccolti nel nr. 1 del 2023 di *DPCE online*.

⁷ A. Di Gregorio, *Lo spazio ex sovietico tra costituzionalismo euroasiatico e condizionalità europea*, in *DPCE*, 1, 2023, 3-27.

⁸ R. Sacco, *L’Italie en tête (À propos de l’enseignement du droit comparé)*, in *Rev. int. droit comparé*, 47, 1, 1995, 131-133. A distanza di tanti anni, il primato è rimasto tale.

tolate alla comparazione. Senza la pretesa di essere esaustivo⁹, desidero ricordare lo sviluppo del diritto comparato delle religioni, sotto l'impulso di una personalità come Silvio Ferrari¹⁰; l'apertura del diritto del lavoro e del diritto processuale penale alla comparazione, anche per effetto delle dinamiche collegate all'integrazione europea. Il diritto processuale civile aveva percorso i tempi, con la formidabile personalità di Mauro Cappelletti, e a studiosi che hanno lasciato il segno come Vincenzo Varano, Nicolò Trocker, Vittorio Denti, Michele Taruffo. Per stare al diritto pubblico, il diritto amministrativo è ormai impegnato sul medesimo terreno, grazie all'opera precorritrice di Sabino Cassese sull'emergente diritto globale¹¹, alle ricerche di Giacinto della Cananea e Roberto Caranta¹² e all'apporto di altri studiosi impegnati nel medesimo percorso. Lo studente ha ora a disposizione i manuali di diritto amministrativo comparato di Marco D'Alberti¹³ e di Giulio Napolitano¹⁴, e Roberto Scarciglia ci ha regalato un'opera di ampio respiro in cui sono confluiti anni di studio e di ricerca¹⁵.

Quanto è stato fatto in Italia per aprire le porte alla comparazione ha dunque avuto sviluppi su larga scala.

Quando si allarga il compasso, come è stato fatto nel corso del quarto di secolo che ha accompagnato la crescita di *DPCE*, è inevitabile tornare sulle questioni di fondo riguardanti le discipline a cui la *Rivista* è dedicata, e per stare all'ambito delle mie competenze, al diritto comparato.

Nella nostra materia frequentemente si indicano tali questioni di fondo all'insegna della "metodologia". La metodologia giuridica ha una propria letteratura, e il diritto comparato non fa eccezione alla regola. Anzi, i cultori della comparazione giuridica si sono dedicati a essa con una certa passione. È del tutto comprensibile che questo sia avvenuto, vuoi perché ogni branca del sapere deve presentarsi al consesso delle altre discipline equipaggiata di tutto punto, vuoi perché la conoscenza

⁹ Rinvio a A. Somma, V. Zeno-Zencovich (cur.), *Comparazione e diritto positivo un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2020, in relazione al diritto agrario, al diritto penale, al diritto commerciale.

¹⁰ S. Ferrari (cur.), *Routledge Handbook of Law and Religion*, London, 2015; Id. (cur.), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Bologna, 2022.

¹¹ S. Cassese, *Diritto globale: democrazia e diritti oltre lo stato*, Torino, 2021 (e altri contributi precedenti).

¹² G. Della Cananea, *The Common Core of European Administrative Laws: Retrospective and Prospective*, Leiden, 2023; G. Della Cananea, R. Caranta (cur.), *Tort Liability of Public Authorities in European laws*, Oxford, 2021.

¹³ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019.

¹⁴ G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020.

¹⁵ R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020.

comparativa del diritto si rivolge a oggetti molto diversi tra loro. La ricerca da condurre in proposito richiede pertanto procedimenti di indagine sofisticati, ove si voglia pervenire a risultati fruttuosi e ampiamente condivisibili.

Beninteso, non tenterò qui di fare il punto su cosa offrono i contributi che si sono accumulati nei decenni circa la metodologia del diritto comparato, anche perché i bilanci già disponibili sono noti ai lettori della *Rivista*¹⁶, e altri si aggiungono a essi per concorrere a formare un quadro d'insieme non scevro di tensioni e torsioni, ma senz'altro molto ricco¹⁷.

Piuttosto, è bene ricordare che nel campo delle scienze sociali la comparazione non è applicata esclusivamente all'ambito giuridico. La scienza politica si avvale ampiamente della comparazione, e fin dalla sua nascita vi fa ricorso la sociologia. Oggi l'economia dello sviluppo procede rapidamente lungo la medesima via. Gli economisti studiano con metodo comparato e strumenti empirici le politiche degli Stati e gli interventi pubblici e privati che conseguono successo, oppure vanno incontro all'insuccesso. Poiché gli economisti difendono lo statuto scientifico della disciplina, la comparazione è presente non soltanto in riviste o contributi intitolati a essa, ma anche nel discutere gli "esperimenti naturali" che la storia propone¹⁸ o nel trattare i risultati di studi controllati randomizzati¹⁹. Anche l'antropologia ricorre alla comparazione, per ragioni completa-

¹⁶ Si vedano i contributi raccolti in *DPCE online*, 42, 1, 2020: D. Amirante, "Una specie che si crede un genere": il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità; G.F. Ferrari, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*; L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità*; Scarciglia, *Su alcune questioni aperte nel diritto (pubblico) comparato*; R. Toniatti, *Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale*. Questi contributi sottolineano tutti, senza eccezione, quanto ho voluto rappresentare con il titolo di questo breve saggio.

¹⁷ Per alcune indicazioni L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013; G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law: Theory and Method*, Oxford e Portland, 2014; R. Hirschl, *Comparative Methodologies*, in R. Masterman, R. Schütze (cur.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2019, 11-39; M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2° ed., Oxford, 2019; R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7° ed., Torino, 2019; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019; D. di Micco, *La comparazione alla prova del mondo che cambia*, in *DPCE*, 1, 2020, 3-25; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, 3° ed., Padova, 2021; T. Amico di Meane, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022; M. Siems, P.J. Yap (cur.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, 2024 (la prima parte dell'opera è interamente dedicata ai metodi del diritto comparato); Y. Vega Cárdenas *Méthodologie et épistémologie du droit comparé. Diverses méthodes et écoles*, Toronto, 2024.

¹⁸ Vedi ad esempio, S.O. Becker, L. Mergele, L. Woessmann, *The Separation and Reunification of Germany: Rethinking a Natural Experiment Interpretation of the Enduring Effects of Communism*, in 34(2) *Journal of Economic Perspectives* 143-171 (2020).

¹⁹ A. Bouguen, et al., *Using Randomized Controlled Trials to Estimate Long-Run Impacts in Development Economics*, in 11(1) *Annual Review of Economics* 523-561 (2019).

mente diverse, vale a dire, per comprendere le esperienze di diversi gruppi umani sul piano culturale, giuridico e socio-politico²⁰.

Il confronto tra il diritto comparato e altre discipline sul piano del metodo avviene per lo più occasionalmente²¹. Tuttavia, il diritto comparato studia temi e dinamiche che frequentemente interessano anche queste altre discipline, specialmente quando l'indagine giuridica cerca di esplorare questioni più complesse e di maggiore impatto sociale, anziché concentrarsi su questa o quella norma.

Ad esempio, quando si studia la diffusione delle norme e delle istituzioni giuridiche e le resistenze a questo processo²², potremmo domandare se e come le ricerche condotte dai politologi possano arricchire la nostra comprensione di questi fenomeni reali. La scienza politica affronta tali problemi attraverso il concetto di "policy transfer"²³. Dobbiamo ignorare le lezioni impartite da questo approccio? Inoltre, riflettendo sui tentativi di rafforzare le istituzioni di un Paese tramite riforme *donor-driven* proposte dall'esterno possiamo davvero trascurare le evidenze documentate da altre discipline, le quali rivelano tassi di inefficacia del 40-60%?²⁴

Le aperture a simili discussioni e prospettive nelle pagine della *Rivista* non mancano; benché non siano necessariamente poste all'insegna del metodo o della metodologia, esse sono senz'altro utili a definirne i tratti e gli orizzonti²⁵.

²⁰ Rinvio sul punto al contributo di Di Micco, in questo fascicolo della *Rivista*, e a M. Candea, *Comparison in Anthropology: The Impossible Method*, Cambridge, 2018.

²¹ Si veda la compiuta riflessione di A. Vidaschi, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *DPCE*, 2, 2021, 301-325, e G. Resta, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (cur.), *Comparare: Una riflessione tra le discipline*, Milano, 2020.

²² Si veda il bel saggio di A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE online*, 50, fasc. speciale, marzo 2022.

²³ La letteratura è amplissima. Per un contributo classico: D.P. Dolowitz, M. David, *Learning from Abroad: the Role of Policy Transfer*, in 13(1) *Governance* 5-24 (2000); v. ora: T. Legrand, D. Stone, *Policy Transfer* in J.C.W. Pevehouse, L. Seabrooke (Eds.), *The Oxford Handbook of International Political Economy* (per ora l'opera non è apparsa a stampa, ma è disponibile in edizione online, Oxford Academic, 12 maggio 2021).

²⁴ M. Andrews, *The Limits of Institutional Reform in Development: Changing rules for Realistic Solutions*. Cambridge, 2013.

²⁵ A. Pin, L.P. Vanoni, A. Vidaschi, *Oltre il costituzionalismo?*, in *DPCE*, 4, 2022, 859-872.

2. Diritto comparato, storia, effettività

Con gli appunti formulati nel paragrafo precedente non voglio appellarmi per l'ennesima volta alla ricetta tanto raccomandata, quanto raramente attuata, che suggerisce la collaborazione interdisciplinare, o propone di accogliere prospettive multidisciplinare in ogni ambito di ricerca²⁶. Chiunque studi i problemi legati alla contemporaneità, come ad esempio la questione climatica, o la regolazione dell'intelligenza artificiale, ha presente che un simile percorso è oramai praticamente obbligato, considerata la natura complessa dei problemi emergenti nelle società in cui viviamo. D'altra parte, Roberto Toniatti nel proprio contributo per i vent'anni della *Rivista* ricordava che proprio il diritto costituzionale: «si colloca in un'area scientifica di frontiera altamente condizionata da fattori estranei al diritto»²⁷.

È invece importante porre l'accento sul punto cruciale. Quando oggi parliamo di metodo nel diritto comparato abbiamo riguardo essenzialmente alla dimensione dell'effettività del diritto nella società, e ai molteplici strumenti utilizzati o utilizzabili per catturare questa sfuggente realtà, su cui le altre discipline possono validamente interloquire. Il discorso riguarda soprattutto il diritto comparato come strumento diretto alla conoscenza del diritto, e su di esso mi concentrerò qui, poiché credo che la *Rivista* abbia avuto a cuore soprattutto questa finalità della comparazione. Altre finalità possono orientare la comparazione in direzioni in parte diverse, beninteso.

Seguendo questo filo rosso si comprende meglio perché, ben più di altri colleghi, gli storici del diritto – e tra questi ricordo il nome di Paolo Grossi – hanno dimostrato interesse per il dialogo con la nostra materia sul piano metodologico e epistemologico²⁸. Quando si considera il diritto radicato nella società, nelle forze che lo animano, o viceversa lo contestano più o meno apertamente, la storia del diritto e il diritto comparato vanno di pari passo, come notava molto per tempo in modo penetrante l'acuto

²⁶ Per un'introduzione e un bilancio: J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law*, Cheltenham, 2024.

²⁷ R. Toniatti, *Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale*, cit. p. 823. Soprattutto nel mondo di lingua inglese, il contributo degli scienziati della politica allo studio del costituzionalismo è in risalto. Rimane una questione aperta: per quanto tempo i nostri dipartimenti di giurisprudenza continueranno a offrire apporti minimi o nulli alla formazione sui rudimenti necessari per condurre i necessari dialoghi con altre discipline?

²⁸ Il volume di M. Timoteo, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020 testimonia come il dialogo non sia solo metaforico.

ingegno di Gino Gorla²⁹. Si tratta di una affinità elettiva ultimamente rafforzata dalla netta apertura degli studi storico-giuridici alla comparazione e alla dimensione globale dell'indagine storica³⁰.

La dimensione dell'effettività può essere scandagliata in vario modo, con vari metodi, da diverse angolazioni disciplinari. Potremmo anzi dire che i vari metodi a disposizione del comparatista e dello storico sono tanto buoni quanto riescono a dar conto di questo essenziale aspetto dell'indagine (e si badi che l'indagine talvolta mette a nudo quanto la "conventional wisdom" sia lontana dal segno, ovvero sia in buona parte "tradizione inventata")³¹.

Nessuno pensa di sostenere che le leggi votate dal Parlamento, le disposizioni e le norme introdotte da altri organi dello Stato, le regole sancite dalle Corti o dagli apparati amministrativi (indipendenti o meno), le carte costituzionali solennemente proclamate ai quattro angoli del mondo, le convenzioni e i trattati conclusi in sede internazionale, etc. etc. siano oggetti di studio poco degni o non centrali nel discorso. Senz'altro meritano tutte le nostre attenzioni. Però comprendere quello che il diritto *fa* nella società, anziché domandare quello che il diritto è, equivale a compiere il passaggio *decisivo* per condurre la comparazione su di un terreno metodologicamente robusto. Bisogna evitare di confondere il diritto "nuvolesco", di cui parlava con calzante figura del linguaggio Paolo Grossi, con quello che morde nella realtà, perché riguarda la carne e le ossa delle persone³².

È una questione che riguarda il diritto di altre società, così come il nostro diritto. Così, dopo aver a lungo tentato di sopprimere i domini collettivi l'Italia ha promulgato nel 2017 una legge in cui la Repubblica

²⁹ Sul suo insegnamento: L. Moccia, *La comparaison juridique comme «global compass» pour l'étude du droit : un hommage à Gino Gorla et Rodolfo Sacco*, in *Rev. int. dr. comparé*, 2, 2024, 7-28 ; M. Brutti, A. Somma (cur.), *Diritto: storia e comparazione: Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt a. M.; 2018; G.F. Ferrari, *Comparazione e storia*, in *DPCE*, 2, 2021, 281-299.

³⁰ Gli storici del diritto raccolti intorno ai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* lavorano da tempo in questa direzione con risultati straordinari. Fuori dai confini d'Italia, il Max-Planck di Francoforte, sotto la direzione di Thomas Duve, ha imboccato questa via: Id., *What is global legal history?* in 8(2) *Comparative Legal History* 73-115 (2000). Quest'ultima rivista è a sua volta un foro privilegiato per simili indagini.

³¹ M. Graziadei, *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Rivista crit. dir. priv.*, 1999, 337-351 (l'articolo trae origine da una relazione svolta alla Giornata degli storici del diritto tedeschi).

³² Sulla rivoluzione metodologica compiuta da Grossi: J-F. Schaub, *European Societies and their Norms in the Process of Expansion: the Iberian Cases* in P. Duara, V. Murthy, A. Sartori (cur.), *A Companion to Global Historical Thought*, Chichester, West Sussex, UK; Malden, MA, 2014, 169-183. Ma il tema riguarda i giuristi più in generale, come illustra in modo esemplare G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

li riconosce in quanto «ordinamento giuridico primario delle comunità originarie»³³, con ampia autonomia normativa.

Evidentemente non è questione di far professione di realismo (sarebbe davvero tardi per riprendere quel linguaggio e quella filosofia...), o di cedere a qualche altro più aggiornato -ismo.

Si tratta invece di comprendere qual è l'anima della nostra materia, qual è il suo centro di gravità (pur tra i distinguo emergenti dai discorsi intorno ai metodi del diritto comparato, e alla loro messa in pratica in contesti diversi). Per accennare all'altro filone di studi coltivato dalla *Rivista*: è possibile accantonare il tema dell'effettività nel cimentarsi con lo sviluppo del diritto dell'Unione europea e dei diritti umani in Europa e altrove? La domanda trova in sé la sua risposta.

Dopo tutto, anche i più importanti documenti costituzionali sono la punta di un iceberg³⁴. Vi è chi sostiene che ogni costituzione sia in parte scritta e in parte non scritta³⁵, poggiando su una normatività necessariamente più profonda di quella del testo in essi racchiuso³⁶. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione schiudono la porta a simili considerazioni nel richiamare le "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" come fonte cui attingere per stabilire quali diritti fondamentali siano protetti nel diritto dell'Unione³⁷.

Eppure si può domandare se il diritto comparato abbia davvero sempre presente la sua stella polare, quell'effettività di cui ho detto³⁸. Sappiamo che l'addestramento al diritto nell'Università non sviluppa necessariamente il senso della realtà, e che il diritto positivo che è sorto sulle ceneri del diritto naturale contiene a sua volta in sé – forse necessariamente – una buona dose di idealismo, quando pretende di governare la società in nome della validità dello *ius positum*.

³³ Legge 20 novembre 2017, n. 168, Norme in materia di domini collettivi, art. 1.

³⁴ B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Boston, Mass, 2019; su cui: A. Di Martino, *Brevi note sulla comparazione costituzionale da un libro recente di Bruce Ackerman*, in *Nomos, le attualità nel diritto*, 3, 2021, 1-21.

³⁵ A. Kavanagh, *The Ubiquity of Unwritten Constitutionalism*, in 21(4) *International Journal of Constitutional Law* 968-975 (2023).

³⁶ Levinson, *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*, in 127 *Harvard Law Rev.* 657, 698 ss. (2011).

³⁷ TUE, art. 6,3; Preambolo e art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

³⁸ Mi pare che questo dubbio emerga già con forza nel contributo di L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità*, cit., per i vent'anni della *Rivista*, ed è ripreso da M. Nicolini, voce "Diritto sommerso", in S. Bagni *et al. Lessico interculturale*, di prossima pubblicazione (ho potuto consultare lo scritto per cortesia dell'A.).

3. Il compasso allargato

Vorrei dunque toccare quelli che sono a mio parere i nervi scoperti del discorso, nei limiti di un contributo come è quello affidato a queste poche pagine.

L'ampliarsi del compasso delle ricerche comparative apre infatti problemi metodologici di primo piano, se la comparazione deve essere – vuole essere – scuola di realtà.

Per svolgere il discorso in termini concreti, prendiamo una ricerca come quella condotta sul terreno da Tobias Berger in Bangladesh, che è stata quindi oggetto di pubblicazione nel 2017 con il titolo: *Global Norms and Local Courts: Translating the Rule of Law in Bangladesh*³⁹. L'autore indaga come i diritti umani e la *rule of law* che l'ONU e l'Unione europea promuovono in quel contesto si traducano nelle iniziative condotte da alcune ONG nel Bangladesh rurale. Sotto la lente del ricercatore, le organizzazioni non governative impegnate sul campo adottano l'unica strategia praticabile per attuare il loro mandato, traducendo il linguaggio elaborato dall'UE e dall'ONU in un discorso comprensibile per le comunità locali.

Poiché la popolazione locale è musulmana, per realizzare il compito loro affidato le NGO utilizzano il quadro di riferimento culturale\religioso appropriato al contesto. Pertanto: «...the four local NGO translate the ostensibly secular vocabulary that informs the EU's ideas about the rule of law into explicit religious narratives of justification»⁴⁰. D'altra parte, il diritto di famiglia locale, al pari del diritto delle successioni, è di matrice islamica ma – si noti – proprio quel diritto viene fatto valere in modo selettivo negli ambienti rurali del Bangladesh perché la donna è costretta a rinunciare a diritti successori che la legge islamica prevede in suo favore, o semplicemente non li fa valere.

L'azione delle ONG nel contesto locale tende effettivamente a promuovere e a migliorare la condizione della donna, ma il messaggio di cui esse sono portatrici in loco è iscritto in una cornice diversa da quella prevista. Non è l'unica deviazione dalla norma. L'uso dei documenti nelle Corti di villaggio assume un valore diverso da quello che potremmo attenderci «... the substantial production of written documents in the village courts is rather useless and informed primarily by a (somehow unfitting) Weberian fantasy about the rule of law as bureaucratic paperwork»⁴¹. La do-

³⁹ Il volume è pubblicato da Oxford University Press.

⁴⁰ Ivi, 130-131.

⁴¹ Ivi, 134-135.

cumentazione scritta, prodotta nel contesto di liti portate alla conoscenza delle Corti di villaggio, molto spesso non riflette quanto è avvenuto; ma se pure i documenti così redatti fossero veritieri, lo Stato del Bangladesh non avrebbe comunque i mezzi per far valere le pretese accolte nel processo. Nuovamente, non è detto che tali documenti non abbiano alcun effetto. Certamente legittimano l'operato dei soggetti coinvolti nel processo. Il punto è che il discorso non si snoda lungo il percorso immaginato nelle sedi metropolitane dell'ONU e della UE. Beninteso, quando si tratta di rendere conto ai *donors* di quanto è stato fatto si assiste a un parallelo processo di traduzione, che tende a rappresentare in dati quantitativi, misurabili secondo gli indicatori, i risultati dell'azione condotta in loco, con offuscamento degli aspetti qualitativi del discorso⁴².

Osservazioni di questo genere non hanno mero valore anedddotico. Sally Merry Engle e altri hanno documentato analoghe traiettorie in relazione ad altre ipotesi di diritti proclamati a livello globale, ma tradotti in forme talvolta irriconoscibili in contesti locali⁴³. L'autrice illustra la vernacularizzazione del linguaggio utilizzato su scala globale, per utilizzare il vocabolario con cui illustra il fenomeno. La spiegazione di quanto avviene è quindi assai semplice: «Local places are not empty, of course, but rich with other, understandings of rights, the state and justice»⁴⁴. Altre concezioni dei diritti, dello stato, della giustizia. Sappiamo riconoscerle e comprenderle?

Il costituzionalismo africano offre un esempio palmare di cosa si intende quando si annota sommessamente «local places are not empty». Valgano come campione le costituzioni dell'Africa francofona. La ricezione dei principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo e della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 nelle costituzioni africane che è avvenuta nel corso dei processi di democratizzazione avviati a far data da 1989 non è riuscita a incidere a fondo. È rimasto sostanzialmente intatto quel sostrato, espresso tanto in norme formali, quanto in forme crittotipiche, che contrasta con quelle proclamazioni costituzionali⁴⁵.

⁴² Ivi, 158 ss. (8.2. "All that's lost in translation").

⁴³ S.M. Engle, *Remaking Women's Human Rights in the Vernacular: The Resonance Dilemma*, in L. Engberg-Pedersen, A. Fejerskov, Cold-Ravnkilde (cur.), *Rethinking Gender Equality in Global Governance: The Delusion of Norm Diffusion*, Cham, 2020, 145-166. La letteratura sul tema è ormai ampia, ovviamente.

⁴⁴ Ivi, 148.

⁴⁵ A. Bango, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans les constitutions des États d'Afrique noire francophone: la greffe et le rejet*, in *Riv. int. droit comparé*, 2018, 779-809 ; più ampiamente, R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla "democrazia impossibile" alla "democrazia*

Giuseppe Franco Ferrari ha tratteggiato in un saggio magistrale le luci e le ombre del quadro attuale in materia di diritti nel costituzionalismo globale⁴⁶. Nella sua lezione troviamo il repertorio delle obiezioni contro il costituzionalismo dei diritti umani, e le ragioni per disattenderle, pur in un'epoca in cui le certezze sul tema sono poche. L'Autore ha ben presente la «tensione tra enunciazioni universalistiche ed effettività particolaristiche, tra aspirazione planetarie e “local vernaculizers”»⁴⁷. Forse però quelle ‘effettività particolaristiche’ di cui si discute sono qualcosa di più di obiezioni alla cultura dei diritti umani, se sgorgano dalla normatività operante nel contesto locale, se ci raccontano che il diritto importato non ha corso, non è effettivo, o può essere rivolto ad altri fini⁴⁸.

Per avventura, potremmo dunque scoprire che – forse paradossalmente – il successo della cultura dei diritti umani dipende dalla comprensione di quelle particolarità: cosa implicano in termini di norme operanti sul terreno, in modo esplicito o implicito, e cosa finalmente emerge quando ci si misura proprio con esse?⁴⁹

Se adoperassimo il cannocchiale a rovescio, potremmo scoprire quanto “particolari” sono le nostre società. Oltre vent'anni fa un antropologo di origine sudafricana, Adam Kuper, nel riflettere sulla nozione di cultura, poteva scrivere qualche riga che oggi suona quasi profetica alla luce decisione resa dalla Corte Suprema statunitense in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁵⁰: «Recent American controversies about abortion suggest that when Americans think about abortion they have more than the biology of reproduction in mind. A cultural account of

illiberale” senza passare per la “democrazia costituzionale”?, in *DPCE online*, 3, 2020. Si segnalano inoltre i vari contributi sui regimi presidenziali e semi-presidenziali in Africa, raccolti nell'1/2023 di *DPCE online*; il discorso non è troppo diverso nell'Africa orientale: H. Klug, *African Constitutionalism: Between Power, Persuasion, and Irrelevance?*, in 49(2) *Law & Social Inquiry* 1259-1265 (2024). Il saggio di Klug è un'ampia recensione di J. Gould, *Postcolonial Legality: Law, Power and Politics in Zambia*, New York, 2023. I lavori di Martin Chanock hanno valore fondativo in questo campo. Il quadro africano si può leggere in un contesto più ampio: T. Groppi, *La Rule of Law nelle regressioni democratiche e i compiti dei comparatisti*, in *Studi in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, Milano, 2023.

⁴⁶ G.F. Ferrari, *I diritti nel costituzionalismo globale: luci e ombre*, Modena, 2023.

⁴⁷ Ivi, 27 ss., 44.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, al tema dei diritti umani in Cina: H. von Senger, *The Impact of Human Rights Law in China*, in M. Bussani, L. Heckendorn Urscheler (cur.), *Comparisons in Legal Development. The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Zurich, 2016, 105-132. La stessa nozione di costituzione assume un significato variabile nel mondo, come rileva R. Toniatti, *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges*, 2019 *Robert Casad Comparative Law Lecture*, in 67 *Kansas Law Review* 693-711 (2019).

⁴⁹ Sul punto: M. Bussani, *Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting down Rhetoric through Comparative Law*, in 67(4) *Am. J. Comp. Law* 701-744 (2019).

⁵⁰ 597 U.S. 215 (2022).

American beliefs about procreation cannot realistically ignore ideas about the sanctity of life»⁵¹.

D'altra parte, tali "particolarità" non sono così rare, riguardano miliardi di persone e corrispondono alla linea tracciata tra "noi" e "loro". Uno degli argomenti più affascinanti su cui può vertere l'indagine comparativa è certamente legata ai seguenti interrogativi: come è stata tracciata questa linea, come è stata *costruita*⁵², e come viene *ripensata*, ad esempio passando attraverso le questioni di genere⁵³, o i rapporti di potere in un mondo post-coloniale⁵⁴. Cartina di tornasole di molte di queste riflessioni è la lingua, e lo spazio che ha la comunicazione attraverso i sistemi mediante la traduzione⁵⁵.

Beninteso, il tema accennato in questi termini non concerne esclusivamente i diritti umani, o il diritto pubblico; è altrettanto vivo in altri comparti del diritto. Talora il diritto coniato in occidente semplicemente non trova applicazione, e la constatazione non riguarda esclusivamente i contesti rurali dell'Africa⁵⁶. Il diritto di famiglia in un Paese industrialmente avanzato come il Giappone è per diversi aspetti, paradossalmente, un non diritto, nelle parole di Ichiro Kitamura. La normatività in atto è altra rispetto alle norme sancite dal diritto formalmente enunciato⁵⁷. In

⁵¹ A. Kuper, *Culture: The Anthropologist's Account*, Cambridge, Mass., 1999, 141.

⁵² Per stare alla nostra materia, si può riflettere, ad esempio, su come nel diciannovesimo secolo è stata costruita l'opposizione tra *civil law* e *common law*: S. Soleil, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié: Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, Paris, 2021. In una prospettiva più ampia: T. Todorov, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, tr. it., Torino, 1991.

⁵³ R. Rubio-Marin, *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship: A Struggle for Transformative Inclusion*. Cambridge, 2022; W. Chang, K. Loper, M. Malagodi, R. Rubio-Marin (Eds.) *Gender, Sexuality and Constitutionalism in Asia*, London, 2023.

⁵⁴ Cfr. U. Baxi, *The colonialist heritage*, in P. Legrand, R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2013, 46-75; V. Corcodel, *The Dynamics of Inclusion and Exclusion in Comparative Legal Thought*, Cheltenham, 2019; D. Bonilla Maldonado, *Legal Barbarians: Identity, Modern Comparative Law and the Global South*, Cambridge, 2021; L. Salaymeh, R. Michaels, *Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning*, in 86(1) *RabelsZ* 166-188 (2022).

⁵⁵ Sul punto la bibliografia è ormai ragguardevole. Mi limito a ricordare un saggio recente, riguardante la diffusione in Cina del pensiero giuridico occidentale: M. Timoteo, *Diritto pubblico di decimila paesi: un libro occidentale di diritto internazionale nella Cina dei Qing*, in *Annuario di diritto comparato*, 2022, 97-114.

⁵⁶ S. Mancuso, C.M. Fombad (Eds.), *Comparative Law in Africa. Methodologies and Concepts*, Cape Town, 2015; S. Mancuso, *African laws(s): Comparative Insights on the African Landscape*, Leiden, 2024, 22 ss. (quanto avviene in questo ambito può essere tanto distante dal diritto di stampo occidentale, quanto dal diritto tradizionale).

⁵⁷ I. Kitamura, *Du non droit de la famille au Japon*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Paris, 2020, 153-170 (segnala l'emergere di regole o pratiche informali, tra cui quelle di stampo patriarcale, a svantaggio della donna).

altre ipotesi assistiamo ad adattamenti di vario genere. Con l'avvento al potere di Deng Xiaoping e l'ingresso nell'Organizzazione Mondiale del Commercio, la Repubblica Popolare Cinese si è aperta al commercio estero e agli investimenti stranieri. Le imprese che hanno esportato o investito in Cina per decenni hanno avuto enormi problemi riguardanti la tutela della proprietà intellettuale. Almeno in parte queste difficoltà erano però dovute a fattori giuridici, culturali e politici, già presenti nella Cina repubblicana e imperiale⁵⁸. Contratti come l'assicurazione sulla vita in Cina sono venduti con particolari accorgimenti, considerati i tabù che in quel Paese avvolgono tutti gli argomenti riguardanti la morte⁵⁹. La vita del contratto un po' ovunque è inserita in un più ampio corpo di norme legate a credenze diffuse nella società. L'islam offre ottimi esempi a questo proposito, come ricorda un recente bel volume di Jihane Benarafa⁶⁰ dedicato all'assicurazione nel mondo islamico. E per ritornare a quanto ci è più familiare, non dimentichiamo che fino a pochi decenni addietro in buona parte dei Paesi europei gli esercizi commerciali non aprivano la domenica, con sporadiche eccezioni.

Per parlare di queste varie realtà, si è diffuso un pensiero: qui avremmo altrettanti esempi di pluralismo giuridico. La formula è seducente. Flussi transnazionali di norme hanno eroso la sovranità territoriale e al tempo stesso, all'interno dello Stato, l'uniformità della regola si flette, o cede. In ogni Paese e su ogni territorio si afferma un certo grado di pluralismo. Ed ecco affacciarsi sulla scena l'idea di un pluralismo giuridico globale, declinato in opere recenti e meno recenti⁶¹.

Sorge però l'interrogativo se il riferimento alla nozione di pluralismo possa fornire strumenti conoscitivi validi per la comparazione. Purtroppo, il suo uso è ormai davvero vario e questo la rende difficilmente utilizzabile a fini analitici⁶², di qui la necessità di distinguere accuratamente le sue varie declinazioni⁶³. Inoltre, si contesta che essa sia semplicemente l'altra

⁵⁸ W.P. Alford, *To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford, 1995.

⁵⁹ C. Shun-ching Chan, *Marketing Death: Culture and the Making of a Life Insurance Market in China*, Oxford, 2012.

⁶⁰ J. Benarafa, *Il takaful oltre il legal transplant: Letica islamica di fronte al rischio assicurativo*, Torino, 2024.

⁶¹ P.S. Berman (Ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, 2020; Id., *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, 2012; H.P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013; ma v. già G. Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (Ed.), *Global Law Without a State*, Brookfield, 1997, 3-28.

⁶² S.F. Moore, *Legal Pluralism as Omnium Gatherum* in *FIU L. Rev.*, 10, 2014, 5-18.

⁶³ P. Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, 2021, 29-118.

faccia della concezione di diritto affermatasi nella modernità, svolgendo una funzione complementare rispetto a essa. Se così fosse, la sua utilità come strumento di conoscenza sarebbe controvertibile⁶⁴.

Forse anche per questa ragione, la comparazione ha mantenuto un atteggiamento per lo più riservato rispetto alla proposta di affidarsi al concetto di pluralismo per rendere conto di molte esperienze giuridiche in cui si incontrano formanti eterogenei del diritto, salvo riconoscere che i diritti religiosi possono essere fruttuosamente avvicinati da questa angolazione⁶⁵.

Prendere atto di queste 'particolarità' non implica idealizzarle. Le concezioni e le pratiche culturali di ogni genere cambiano incessantemente, talvolta molto rapidamente. La difesa di ogni particolarità può essere strumentalizzata politicamente, e sotto il velo della difesa di specificità locali si può trovare la presa di interessi economici, politici, o di oppressivi privilegi sociali⁶⁶.

Tra le reazioni possibili di chi è esposto al mutamento vi è il risentimento, quando la causa del mutamento riflette decisioni prese altrove. Nel riflettere sul rapporto tra Costituzione federale e diritto degli Stati dall'alto banco della Corte suprema un grande giudice *liberal* come Brennan ebbe a osservare⁶⁷:

nothing arouses greater occasional resentment, than the fact that the states must be subjected, as a last resort, to the requirements of the national Constitution and laws. Nothing could be more obvious, and nothing raises this occasional resentment to higher pitches of fury, than the fact that, in the real world, this must mean that the actions of the states have to be submitted to control and possible invalidation by some national tribunal.

Se il risentimento nasce all'interno di un singolo Paese, sotto l'imperio della medesima costituzione, quando sono in azione meccanismi costituzionali ben collaudati, dobbiamo attendere reazioni simili in contesti

⁶⁴ Sul punto: J. Marglin, M. Letteney, *Legal Pluralism as a Category of Analysis* in 42(2) *Law and History Review* 143-153 (2024) e nello stesso fascicolo soprattutto i contributi Emanuele Conte e di Tamar Herzog.

⁶⁵ W. Menski, R. Scarciglia (Eds.), *Pluralism and Religious Diversity: Challenges and Methodological Approach*, Padova, 2018.

⁶⁶ Naturalmente altrettanto si può dire le tendenze universalizzanti sostenute dai più nobili intenti, quando vengono imposte.

⁶⁷ W.J. Brennan Jr, *Some Aspects of Federalism*, in 39 *New York University L. Rev* 945, 950 (1964).

segnati da più grandi differenze, pur in presenza di proposte animate dalle migliori intenzioni⁶⁸.

Il perimetro delle conoscenze del giurista educato nell'occidente è piuttosto angusto, rispetto a quanto accade nel mondo. Conosco il tema che si para davanti, perché viene tuttora ogni tanto sollevato: se passiamo le colonne d'Ercole del nostro diritto, vale a dire se non ci misuriamo con il diritto del mondo occidentale, siamo in un mare aperto, in un territorio incognito, come possiamo procedere oltre?

La risposta all'interrogativo è duplice. Da un lato, non c'è scelta: questo è il mondo in cui viviamo, forse è meglio attrezzarsi per comprenderlo⁶⁹. L'Italia non mancherà l'appuntamento, purché le forze sul campo non si disperdano⁷⁰.

Inoltre, è bene evitare una visione mitologica del nostro diritto, come del resto avvertono gli storici del diritto. Pensare e scoprire altre forme della giuridicità, o inventariare e comprendere quali altri sistemi possono giocare in luogo del diritto, è una sfida affascinante. Così, ad esempio, ci può sorprendere la giuridicità debole, o il non diritto che, ad esempio, governa alcuni aspetti della vita giapponese⁷¹, ma l'Occidente a sua volta conosce nozioni come "soft law", "linee guida", "codici deontologici", "codici di condotta" "buona fede", "fairness", e il giudice è invitato a giudicare "secondo le circostanze", deve far uso della "ragionevolezza", etc..., conosce il non diritto come regola. Lo spazio del diritto indefinito o del non diritto operante in funzione regolativa non è poco, anche in società che hanno fatto del diritto la propria bandiera.

4. Conclusioni

Dunque, come costruiamo le nostre conoscenze? Quali presupposti orientano le nostre domande? Quale rapporto esiste tra l'oggetto indagato e l'oggetto che viene restituito dall'indagine? In che modo differenti metodi

⁶⁸ I. Krastev, S. Holmes, *La rivolta antiliberal. Come l'Occidente sta perdendo la battaglia per la democrazia*, Milano, 2020.

⁶⁹ Qualche anno addietro l'Accademia dei lincei promuoveva un convegno internazionale voluto da Rodolfo Sacco, intitolato: *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*. Gli atti a cura di R. Sacco sono apparsi nel volume omonimo, Roma, 2008. Riflessioni preziose in punto di metodo si leggono anche in Sacco, *Il diritto muto*, Bologna, 2015.

⁷⁰ È l'indicazione che offre già G.F. Ferrari, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*, cit.

⁷¹ Vedi Kitamura, *Du non droit de la famille au Japon*, cit., n. 56.

comparativi configurano l'oggetto dell'indagine? E cosa accade quando, ad esempio, pretendiamo di misurare il diritto con metodi quantitativi?⁷² A quali traduzioni ci affidiamo, o proponiamo?

Questo breve saggio vuol ricordare l'importanza di simili domande, e offre qualche risposta in proposito, altre risposte evidentemente provengono da altri interlocutori.

Il diritto comparato è molto cambiato nel corso dell'ultimo quarto di secolo, e certamente cambierà ancora. L'illusione di un'unica via per i nostri studi e le nostre ricerche è alle nostre spalle. Rimane importante non perdere di vista la capacità di elaborare studi affidati a protocolli metodologici condivisibili⁷³. Una delle ragioni per giungere a questa conclusione è stata da esposta da Rodolfo Sacco: «Da qualche tempo, qualche spirito si è armato del sapere per sostenere che le diversità tra i gruppi umani non implicano differenze di valori, né implicano ostilità necessarie. Lungo il succedersi di tre generazioni, i consensi alle loro proposte hanno fatto miracolosi progressi»⁷⁴.

Michele Graziadei
Dipartimento di giurisprudenza
Università di Torino
Lungo Dora Siena 100/A
10153, Torino
michele.graziadei@unito.it

⁷² A. Gambaro, *Misurare il diritto*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (cur.) *Le nuove frontiere della comparazione: atti del I Convegno Nazionale della SIRD, Milano, 5-6-7 maggio 2011*, Trento, 2012, 3-17, e i numerosi contributi raccolti nell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* del 2012, curato da M. Graziadei; M. Infantino, M. Bussani, *Rule by Metrics: Performance, Quantification, and the Law*, in 11 *European Journal of Comparative Law and Governance* 187-237 (2023).

⁷³ G.F. Ferrari, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*, cit. Anche per questa ragione mi pare valida la proposta di A. Riles, *From Comparison to Collaboration: Experiments with a New Scholarly and Political Form*, in 78 *Law & Contemp. Probs.* 147-183 (2015).

⁷⁴ R. Sacco, *Antropologia giuridica: contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, 63.