



Tommaso Edoardo Frosini*

Scienza giuridica e diritto comparato**

SOMMARIO: 1- Una premessa e il metodo; 2- Una certa idea del metodo comparato; 3- Diritto comparato *vs.* diritto globale? 4- Legiferare e comparare

1. Una premessa e il metodo

Vorrei potere premettere anche io, a questo mio breve contributo, quanto scritto in *Premessa* nel volume dello studioso, che qui si vuole omaggiare e ricordare, e quindi: «Eso non vuole tuttavia né elaborare una teoria, né delineare un sistema, desidera semplicemente impostare criticamente, nel modo più aperto possibile, tali problemi, richiamare, ancora una volta, sugli stessi l'attenzione della dottrina, sollecitarla ad una discussione e ad un'indagine maggiormente approfondite, che, sempre di più, appaiono indispensabili ed indilazionabili»¹.

“Premessa” opportunamente cauta e prudente, visto il tema che si andava ad affrontare, dalle larghe vedute di teoria generale del diritto, che si inseriva, fin dal titolo e per stessa ammissione dell'Autore, sulla scia di uno studio di un illustre internazionalista², al fine di contribuire «direttamente ed immediatamente in un “colloquio” già in atto».

Contenuto, invece, tutt'altro che cauto, tenuto conto delle critiche che, espresse in maniera garbata e rispettosa, venivano mosse alle concezioni e ai concetti che la scienza giuridica andava rielaborando in un periodo storico caratterizzato dalla crisi del diritto, che si stava manifestando

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, 1954.

² Il riferimento è a R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950.

in quegli anni. Il volume si espande per oltre la sua metà in riflessioni d'ordine teoretico, la definirei una riflessione di filosofia del diritto, per dedicare la parte conclusiva al concetto di costituzione e il problema del diritto costituzionale. Problema investito anch'esso dalla crisi, da cui è derivata non una ma una serie di scienze parallele, influenzate e condizionate dalle nuove esigenze della realtà sociale. Allora, «il costituzionalista dovrà agire con coerenza e rigore, dovrà realizzare il massimo di accordo sulle convenzioni iniziali, dovrà espellere dal suo sistema i fatti, la fenomenologia, in quanto oggetto della sociologia giuridica, non dovrà in alcun modo proporsi il problema della funzionalità tecnica delle strutture costituzionali esaminate, in quanto oggetto della politica costituzionale [...] Allo stesso modo, sempre secondo le linee metodologiche fissate, si risolvono, anche nei confronti del diritto costituzionale, *il problema e la posizione degli studi di diritto comparato*»³.

Credo che si tratti di una posizione metodologica legata e collegata al periodo storico in cui venne esposta, e quindi funzionale, soprattutto, a trovare una soluzione alla crisi della moderna scienza del diritto, attraverso una chiarificazione e precisazione di tutti i concetti fondamentali e in particolare di quelli di norma giuridica, di costituzione e di ordinamento giuridico. Tenendo conto dell'effettiva realtà dell'esperienza concreta ma senza dissolvere il diritto nella sociologia e nella politica. Si voleva, quindi, non tanto valorizzare una “dottrina pura del diritto” di kelseniana memoria, né tantomeno restaurare i *criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, secondo la dottrina di Vittorio Emanuele Orlando (autore, peraltro, assente nelle citazioni del volume di Galizia), piuttosto spronare la scienza giuridica a ricomporre un sistema ordinamentale sulle cui basi ricostruire il diritto dopo la catastrofe, per dirlo con il titolo di un famoso saggio⁴. Il regime fascista aveva piegato il diritto alla volontà politica e offuscato il diritto costituzionale trasformandolo nella dottrina dello stato: un “ircorcervo” dalle incerte traiettorie metodologiche ma dalle chiare finalità politiche. Che erano quelle di dare forza argomentativa e solidità scientifica alla definizione del nuovo stato fascista, con tutte le sue declinazioni sulla forma di governo e sul ruolo del partito unico.

Quella rappresentata da Galizia nel volume del 1954 era, quindi, una posizione metodologica collocabile storicamente e apprezzabile nella misura in cui si sforzava di suggerire una proposta, che consentisse alla scienza giuridica di riprendersi il primato del diritto, privo di contaminazioni. Una posizione oggi che ci appare più complessa da difendere e diffondere, in un clima culturale in cui è sempre più avvertita l'esigenza di usare un metodo attento alle dinamiche sociali e sensibile alla interdisciplinarietà. Soprattutto con riferimento al diritto costituzionale; al punto, da potere affermare che il costituzionalista, oggi, deve essere come la volpe che sa tante cose piuttosto che come il riccio che ne sa una sola grande, nella consapevolezza che l'integrazione e l'aggiunta di saperi è sempre un arricchimento, così come l'eclettismo è una virtù dello studioso⁵.

³ M. GALIZIA, *Op. cit.*, pp. 136-137 (corsivo mio).

⁴ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, vol. I, Milano, 1959.

⁵ Su questo aspetto, e più in generale sul ruolo del diritto costituzionale, T.E. FROSINI, *Diritto costituzionale e scienza politica: ovvero delle “convergenze parallele”*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Scienza costituzionale e scienze sociali*, Napoli 3-4 dicembre 2021 (in pubblicazione sulla *Rivista AIC*, 2021).

Lo stesso, e forse ancora di più, si deve affermare con riferimento al diritto comparato, che è scienza e metodo: anzi, è scienza in quanto ha un metodo, che si declina al plurale. E che consiste nel sapere affrontare un viaggio di esplorazione attraverso terre solo in parte note oppure, spesso, ignote e pertanto tutte da scoprire. Il comparatista, allora, è un viaggiatore della teoria e della prassi nell'universo giuridico.

A circa metà del volume di Galizia compare un paragrafo (§ 19) dedicato a *Gli studi di diritto comparato. Necessità e importanza della storia della scienza giuridica* che, sebbene si sviluppi per sole due pagine, merita qui di essere esaminato. Galizia esordisce con un'affermazione rivelatrice di un metodo, quasi un manifesto metodologico della comparazione giuridica: «Il fatto che le strutture sociali, specialmente nella società moderna, tendono a svilupparsi con caratteri spesso comuni fa sì che il giurista possa anche utilizzare gli strumenti teorici elaborati dai giuristi di altri paesi: naturalmente non in quanto tali, ma adattandoli alla propria grammatica logica. Da qui la necessità di aver presente continuamente non solo il lavoro delle letterature straniere ma anche gli ordinamenti a cui queste si riferiscono; giacché, solo in questa visione totale, sarà possibile cogliere il valore effettivo, operativo di tali concetti, le modalità con cui sono adoperati e tentare quindi adattarli alla esperienza specifica studiata». E più avanti: «[I] riferimenti ad altre esperienze giuridiche mette in luce l'utilità, anche per la scienza giuridica, e soprattutto il diritto costituzionale, di una storia delle dottrine giuridiche»⁶.

Della storia delle dottrine giuridiche, e specialmente costituzionalistiche, Mario Galizia se ne sarebbe occupato dieci anni dopo, con il saggio, un vero e proprio libretto, dedicato a *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*⁷. Saggio da considerare quasi una prosecuzione del volume del 1956, laddove sviluppa proprio quanto in quel volume affermato, con riferimento alla storia delle dottrine giuridiche e l'utilità di questa per comprendere al meglio le altre esperienze giuridiche. Sul punto, tornerò fra poco; prima, vorrei dire come lo studio della storia delle dottrine giuridiche abbia caratterizzato, in prevalenza, il percorso scientifico di Mario Galizia⁸: basti pensare agli studi su Carré de Malberg, Merlino, Luzzatti, Lavagna, Barile, Zangara, Capograssi, Tosato, Mortati. In ognuno di questi studiosi viene fatto emergere il contesto storico nel quale operarono e le tendenze alla comparazione, che svilupparono nei loro studi. In tal modo, il diritto comparato non risulta essere una mera analisi quasi meccanica di ordinamenti stranieri, magari ammantati da sterili confronti con quello italiano, piuttosto un modo di fare cultura giuridica a tutto tondo, senza frontiere. Il comparatista, vorrei dire facendo mia la lezione di Galizia, deve essere una sorta di Marco Polo mosso dall'inquietudine e dalla curiosità, che lo spingono a superare le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare sempre un po' più avanti la bandierina della conoscenza. Nella sua valigia non deve portare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine e aprirsi all'esterno, al confronto, alle novità, alle contrapposizioni: non deve trascurare la lezione del passato, ma non deve essere neppure troppo immerso nel presente, che è transeunte.

⁶ M. GALIZIA, *Op.cit.*, 64-65.

⁷ In *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, n. 1-2, 1963, 3-110.

⁸ Sulla figura e l'opera di GALIZIA, v. T.E. FROSINI, *Mario Galizia, quando si dice un Maestro*, in *Lo Stato*, n. 13, 2019.

Vale il monito, che oggi non si può legiferare senza prima comparare. Perché chi conosce un solo diritto, non conosce nessun diritto.

Per concludere sul libretto di Galizia del 1963 dedicato ai *Profili storico-comparativi*: si tratta di una lettura dalla quale non si può prescindere se si vuole comprendere lo sviluppo della scienza del diritto costituzionale dagli albori fino agli anni Sessanta, attraverso una ricchissima e completa carrellata di autori che, in Francia, Germania, Gran Bretagna, Usa e Italia, hanno offerto idee, pensieri e teorie, che hanno consentito la nascita, la crescita e l'affermazione del diritto costituzionale nel quadro dell'esperienza giuridica considerata storicamente⁹. Storia e comparazione, quindi, quale metodo per la scienza costituzionalistica, secondo l'insegnamento di Mario Galizia, che fa sua la lezione di James Bryce: «il costituzionalista deve essere sempre storico [comparatista], non meno che giurista, se vuole comprendere l'oggetto dei suoi studi e discuterlo profittevolmente»¹⁰.

2. Una certa idea del metodo comparato

A questo punto, mi sia consentito svolgere alcune riflessioni sul metodo nel diritto comparato¹¹, quale ideale dialogo con Mario Galizia, riprendendo così una consuetudine durata circa un ventennio, che si è manifestata nelle frequentazioni settimanali dentro e fuori l'Università.

Vorrei iniziare affermando come la cultura derivante dalla comparazione ha (anche) un effetto concreto: perché consente di legiferare meglio, andando cioè a cogliere di fiore in fiore la migliore normativa in giro per il mondo per riadattarla, con metodo, al proprio ordinamento giuridico di appartenenza. E lo stesso vale per le sentenze della giurisprudenza, specialmente costituzionale. Il diritto comparato può essere definito come una sorta di “clausola aperta” a qualunque principio o regola, proveniente dall'esterno, che possa servire per progredire, per innovare, per tutelare di più e meglio i diritti di libertà dell'individuo. Certo, bisogna conoscere la dimensione storica, linguistica e culturale dei paesi oggetto di comparazione. Bisogna, cioè, sapere entrare metodologicamente nelle realtà giuridiche degli altri per sapere cosa e come comparare. Perché il testo giuridico può essere solo un significante, al fine di scoprire il significato culturale e di mentalità che il testo rappresenta. Occorre svelare le analogie e le differenze fra due o più ordinamenti, ovvero fra istituti, normative e sentenze. Un'operazione intellettuale di raffronto, dove sono però le dissonanze che esaltano maggiormente la comparazione, producendo davvero un valore aggiunto.

⁹ In tal senso, si v. anche il primo libro: M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1954.

¹⁰ J. BRYCE, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces of Political Constitutions*, in Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, 258 ss.

¹¹ Riprendo qui quanto già sostenuto in T.E. FROSINI, *Il metodo del e nel diritto pubblico comparato*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, a cura di L. LLOREDO ALIX e A. SOMMA, Torino 2020, 98 ss.; Id., *Il metodo*, in *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, a cura di T.E. FROSINI, 2a ed., Bologna, 2021.

Il diritto comparato è strumentale alla conoscenza e alla soluzione di diversi problemi, che sono generati dalle trasformazioni del diritto, specialmente nel XXI secolo, nonché dalla circolazione da un ordinamento all'altro di leggi, norme, prassi, sentenze e dottrine. La conoscenza e poi la soluzione dei problemi si ricava attraverso un'opera di interpretazione giuridica, che comporta l'apprendimento della lettera e dello spirito della legge, più in generale di qualunque provvedimento avente natura ed effetti giuridici. E l'attività dell'interprete è favorita dall'indagine comparatistica. Per vedere e cogliere come altrove è stato regolato quel determinato problema giuridico, per interpretarlo e semmai trapiantarlo nel proprio ordinamento di appartenenza. Quindi la funzione di interpretazione è da ritenersi senz'altro tra le finalità concrete della comparazione giuridica¹². Che deve tenere conto del significato culturale e della mentalità che il provvedimento assunto altrove esprime; e deve tenere presente la capacità di trapianto, senza rischi di rigetto, in un altro ordinamento.

Insomma, il diritto comparato serve a contribuire all'evoluzione e al progresso di un ordinamento giuridico, attraverso le esperienze giuridiche che si sono prodotte in terre straniere. Laddove, cioè, si è saputo ben regolare una materia, e quindi ha avuto successo applicativo, allora la si studia, la si contestualizza tenendo conto delle sue specificità, e poi la si propone ai fini regolativi e decisorii in un altro ordinamento. Attraverso il metodo che valorizza la dimensione storica, linguistica e culturale dei paesi in cui gli ordinamenti giuridici diventano oggetto di comparazione. Ancora: la comparazione può avere finalità scientifiche per il ricercatore ovvero finalità pratiche per il legislatore e il giudice. Può essere sincronica, laddove si studiano gli ordinamenti e i suoi derivati in un dato momento storico, altrimenti può essere diacronica, quando invece si esaminano gli ordinamenti e i suoi derivati nella loro successione temporale.

Si compara il diritto privato e il diritto pubblico¹³. Un tempo distinti e distanti nella comparazione, oggi vivono una loro tendenziale unità. Perché si è affermato il diritto comparato, privato di declinazioni settoriali. Temi e problemi come le famiglie giuridiche, le fonti del diritto e soprattutto i diritti fondamentali vengono affrontati e studiati nella prospettiva del comparatista, a prescindere dalla sua formazione privatistica o pubblicistica che sia¹⁴. Certo, permangono le varie sensibilità e curiosità: un comparatista di formazione privatistica studierà con maggiore agio e profondità le successioni o i contratti, per esempio, di quanto possa fare un comparatista di formazione pubblicistica. Il quale avrà maggiore sollecitudine e dimestichezza nello studiare le forme di governo e la giustizia costituzionale. Quindi, ci sono terreni di incontro che valorizzano lo studio del diritto comparato *tout court*, ma permane una differenziazione sulla base delle singole inclinazioni dello studioso. Da qui, un'ulteriore caratteristica del comparatista, che è quella di spaziare nella conoscenza e nella ricerca, senza paratie e recinti. Davanti a sé ha il globo: si sceglie uno o più Paesi, ci va e li frequenta, prende un istituto giuridico e lo studia comparandolo con quello dell'ordinamento di appartenenza ovvero con un terzo.

¹² B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, tr.it., Milano, 2004.

¹³ Cfr. *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo fra saperi giuridici*, a cura di A. SOMMA e V. ZENO ZENOVICH, Roma, 2021.

¹⁴ In tal senso, merita essere qui segnalato il recente libro di A. PIN, *Il Rule of Law come problema*, Napoli, 2021.

È il raffronto quello che conta, per dirlo meglio l'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti, normative e decisioni giurisprudenziali di diversi ordinamenti. La questione del raffronto, e quindi della comparazione, evoca un altro problema, che è stato oggetto di mai sopita discussione. Il diritto straniero come diritto comparato, e quindi: chi studia solo un ordinamento straniero, oppure un suo istituto o la sua legislazione, può ritenersi ed essere considerato un comparatista? A rigore di logica parrebbe di no, perché viene meno l'operazione intellettuale di raffronto, che a sua volta fa venire meno la metodologia delle consonanze e assonanze e pertanto dell'eventuale trapianto di ciò che c'è di buono giuridicamente in un ordinamento per impiantarli in un altro ordinamento. Il diritto straniero, in questi termini, appiattisce e rattrappisce il metodo. Si presenta quasi come la traduzione di documenti giuridici e relativo dibattito intorno a essi, che si è prodotta in un dato Paese. Certo, va riconosciuto che senza lo studio del diritto straniero verrebbero meno i presupposti per svolgere una qualsiasi analisi comparativa. Allora il comparatista sta al diritto straniero come il direttore d'orchestra sta all'orchestra, e quindi non si può essere l'uno senza essere stato il secondo¹⁵. O altrimenti, si può dire che il diritto straniero appare come l'introduttore necessario per il diritto comparato. Che è e rimane un valore aggiunto, perché con la comparazione si rende viva ed effettiva la vita del diritto, al di là e oltre la pura e semplice descrizione del diritto straniero.

3. *Diritto comparato vs. diritto globale?*

Vale la pena adesso svolgere uno specifico approfondimento, che si riferisce all'attualità giuridica del diritto globale e il suo rapporto con il diritto comparato. Con il diritto globale siamo di fronte a una giuridicità composita, fatta di pezzi diversi, e spesso sfuggente a una chiara classificazione. Il diritto globale si presenta come un oggetto snodabile, che si riarticola di continuo, rinunciando in gran parte a una forma fissa e definita.

La cd. globalizzazione, che può essere intesa come "deterritorializzazione", ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*, che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti¹⁶. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese

¹⁵ Su questa metafora, v. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, 3° ed., Padova, 2021.

¹⁶ Cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato inter-organizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Quindi, nei cd. regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale.

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale però non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi «alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano»¹⁷. Se il diritto comparato vuole adeguarsi alle sfide teoriche e pratiche della globalizzazione dovrà necessariamente allargare i suoi orizzonti al di là e oltre l'Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche *beyond West* e ridimensionando la prospettiva eurocentrica.

Non risulta persuasiva la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*¹⁸. Sarà pur vero che «viviamo in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia»¹⁹ e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure «uniti nella diversità». Ma per il *comparative law in book* e il *comparative law in action* rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*.

Un derivato del diritto globale sarebbe il dialogo fra Parlamenti, che si richiama a un altro noto «dialogo», ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni

¹⁷ Così, H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, tr. it., Bologna 2010, 104.

¹⁸ È questa la suggestiva tesi di M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Riv. cr. dir. priv.*, n. 3, 2013, 369 ss. Ma v. già H. MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN e M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York 2006, 583 ss., il quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato. V. anche i saggi raccolti in *Ius dicere in a Globalized World*, a cura di C. D'ALESSANDRO e C. MARCHESE, Roma, 2018.

¹⁹ Così R. SACCO, *Il diritto fra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011, 19.

giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero²⁰.

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cd. dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come “mettersi in ascolto” di un altro ordinamento²¹. L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero, le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

4. *Legiferare e comparare*

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cd. “dialogo” fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, “occidentalmente orientata”, del diritto e dei diritti. Sia come perimetro geopolitico della nozione, quello euro-atlantico; sia come Occidente giuridico, ovvero il modo attraverso il quale il diritto ha saputo radicarsi nell'organizzazione delle società di una parte del mondo, e i tentativi di incorporare nelle proprie ragioni la complessità del mondo²².

Nell'età della cd. globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante,

²⁰ Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

²¹ Su cui, v. *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, a cura di L. SCAFFARDI, Napoli, 2011; E. ÖRÜCÜ, *Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective*, in *Percorsi cost.*, n. 3, 2014.

²² In tema, v. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

che è ben al di là da venire.

Infine, per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprendimento, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi. E la metodologia comparativa deve servire anche a questo²³.

Che la scienza giuridica torni a coltivare una scienza della legislazione comparata, poggiando le basi sulla lezione di Emerico Amari, il quale così scriveva nel 1857: «La scienza della legislazione comparata adunque è quella, che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la *dottrina giuridica della civiltà universale*, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni; alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate; alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà [...]»²⁴.

ABSTRACT

L'A. approfondisce il rapporto tra metodo comparato e analisi storico-giuridica.

The A. focuses the relationship between comparative method, legal and historical analysis

PAROLE CHIAVE: metodo, scienza giuridica, diritto comparato.

KEYWORDS: method, legal science, comparative law.

²³ T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *DPCE*, 1, 2015.

²⁴ E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), 2 voll., a cura e con intr. di V. FROSINI, Palermo 1969, par. CLXII.