



Una riflessione sulla ricerca giuridica condotta mediante la comparazione diacronica



Tommaso dalla Massara

SOMMARIO: 1. Conoscenza, comparazione, comparazione diacronica. – 2. Il lavoro del comparatista-storico. – 3. Il rischio della ricerca. – 4. Notazioni a margine. – 5. «Descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile».

1. Conoscenza, comparazione, comparazione diacronica

È attorno a una domanda – al tempo stesso semplice e ineludibile – che questa mia breve riflessione trova la sua origine: quali sono i tratti peculiari (e pertanto caratterizzanti) di una ricerca giuridica che venga condotta attraverso la comparazione diacronica?

Certo, occorre avvertire fin da subito che non potrebbe allestirsi in questa sede una riflessione *in apicibus* sullo statuto epistemologico – se così si può dire – di una ricerca scientifica che risponda alla metodologia della comparazione diacronica; ben può intendersi che poco senso avrebbe il tentativo di definire quasi in via ingegneristica un metodo di lavoro. D'altra parte, è evidente che ciascuna delle innumerevoli strade metodologiche che possono condurre a esiti scientifici significativi meriterebbe di essere vagliata in concreto, perché solo in questo modo potrebbe esserne saggiata la proficuità, ossia sempre con riguardo alle specificità dell'oggetto di studio prescelto.

Eppure, certamente non potrebbe dirsi appagante una risposta elusiva o, tutt'al più, relativistica.

Tante e assai spinose sono le questioni che si pongono: e allora varrà la pena di affrontarne almeno alcune.

Se si parla di comparazione diacronica¹, sarà da intendersi che il percorso di conoscenza preveda lo sviluppo di una dialettica tra passato e presente.

Insomma, in un modo o nell'altro, si tratterà di instaurare canali di dialogo, più o meno esplicito, tra il diritto del passato e quello del nostro tempo.

È da precisare in modo ancor più chiaro che la questione è da porsi nei termini di ipotesi di costruzione della dialettica tra passato e presente, fermo restando che infinite sono le possibilità – tutte rilevanti – di immaginare questa stessa dialettica.

Un punto però è certo: per come si presenta la questione, appare evidente che ci si trova di fronte a un problema che attiene alla conoscenza; si apre, quindi, un problema di natura schiettamente epistemica, e ciò deve intendersi nel senso che l'obiettivo è quello di valutare se la comparazione diacronica possa o meno condurre ad apprezzabili esiti di conoscenza².

Premesso che la mia risposta sarà – lo si può bene immaginare – di segno positivo, conviene prendere le mosse da una constatazione piuttosto banale: come in altre occasioni ho rilevato³, l'idea stessa della comparazione come modalità della conoscenza non rappresenta affatto un'esclusiva dei giuristi, bensì costituisce un patrimonio più che consolidato delle scienze sociali⁴.

Ebbene, tra i più significativi itinerari culturali sulla comparazione intesa esattamente in termini di modalità della conoscenza un cenno merita senz'altro quello compiuto da Marc Bloch, in specie a margine di un *projet d'enseignement* destinato ai corsi del Collège de France.

¹ L'espressione è senza dubbio nota al dibattito e, tuttavia, evidentemente polisemica: tra i suoi impieghi più risalenti nel dibattito italiano, merita di essere ricordato quello di SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della 'continuità')*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 170 s., il quale però intendeva tale comparazione anzitutto in termini di continuità storica di «concetti, schemi, termini, forme logiche create da una determinata giurisprudenza o da determinati giuristi (nel caso: da quelli romani)»; al contempo, Serrao sottolineava che «il pensiero giuridico non può essere isolato dal quadro storico-culturale generale e dalle strutture economiche e sociali in cui opera». Di certo, nella riflessione di Serrao la continuità non sfocia mai nella banalizzazione del continuismo (ciò, andrebbe soggiunto, soprattutto in forza dell'impostazione robustamente materialistica e storicistica abbracciata dall'autore).

² Mi permetto di rinviare alle riflessioni che, in argomento, avevo sviluppato in *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di BRUTTI e SOMMA, Frankfurt am Main, 2018, III ss., in specie 114 ss.

³ Da ultimo in DALLA MASSARA, *Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent'anni dai fondamenti del diritto europeo*, in *AUPA*, 2019, 333 ss.

⁴ In questa prospettiva, preziose mi paiono le riflessioni raccolte nel volume *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, a cura di RESTA, SOMMA, ZENO-ZENCOVICH, Milano-Udine, 2020: segnalo in specie i saggi che compongono la prima Sezione, di Stefano Rapisarda, Fabio Dei, Federico Bertoni e Luca Baldissera, cui adde l'introduzione di RESTA, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, 9 ss.

Va detto che, tra gli anni Dieci e i Venti del Novecento, quell'itinerario trovò punti di preziosa condensazione, dai quali oggi è difficile prescindere; ma vale la pena cedere la parola a Bloch: «selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti»⁵.

È opportuno ricordare che, nell'agosto del 1928, Bloch partecipò al VI Congresso internazionale di scienze storiche a Oslo, presentando una relazione dal titolo 'Per la storia comparata delle società europee'⁶, in esito alla quale perveniva a conclusioni in cui, per un verso, si esprimeva in un senso nient'affatto ostile a un'assai legittima specializzazione della conoscenza e, per altro verso, stigmatizzava però tutte le «chiusure arbitrarie».

Si trattava dunque di intraprendere uno sforzo di innovazione metodologica, la quale spalancasse le porte a una comparazione a tutto tondo, da intendersi tanto a maglie larghe quanto a maglie strette; e quello stesso sforzo era sostenuto dalla tenace volontà di passare finalmente dall'enunciazione di merito, in sé non nuova, dell'importanza del comparatismo a un'autentica pratica della comparazione.

Alle spalle di Bloch, in effetti, meritano di essere ricordate altre esperienze significative, come per esempio quella di Henry Pirenne, ma anche – più vicina a Bloch – quella di Charles-Victor Langlois.

In particolare, per Langlois l'intendimento di dar corpo a una comparazione quantomai ampia era già assai forte, se «the comparative method, which has done so much service in the natural sciences, finds its applications also in philology, which is the natural history of language, and in political history, which is the natural history of society. If historical science does not consist solely in the critical enumeration of the past phenomena, but rather in the examination of the laws which regulate the succession of such phenomena, clearly its chief agent must be comparison of phenomena and run parallel in the different nations»⁷.

Di seguito, il lavoro di Bloch si sarebbe dimostrato fondamentale per sviluppare, sempre dentro il metodo della comparazione, un'attenzione speciale per i bisogni e i sen-

⁵ Così BLOCH, *Storici e storia*, Torino, 1997, 109 s. (in origine, *Critique historique et critique du témoignage. Discours prononcé à la distribution des Prix, année scolaire 1913-1914*, Amiens, 1914). Sull'attualità di Marc Bloch, di recente, BALDISSERA, *Della comparazione in storia. Prospettive della storia comparata sull'epoca contemporanea*, in *Comparare*, cit., 113 ss.

⁶ Si veda ERDMANN, *Die ökumene der Historiker Geschichte der internationalen Historiker-Kongresse und des Comité International des Sciences Historiques*, Göttingen, 1987, 163 ss. Sulle vicende di quegli anni si è soffermato MORES, *Marc Bloch, il Collège de France e le forme della comparazione storica*, in *Quaderni storici*, 2005, 555 ss.

⁷ Cfr. LANGLOIS, *The Comparative History of England and France during the Middle Ages*, in *The English Historical Review*, V, 1890, 259.

timenti che si agitavano nel tessuto storico, fin quasi a scandagliare le «realità organiche sottostanti»⁸. Solo in questo modo si sarebbe riusciti a concepire una *histoire comparée des sociétés européennes* – giacché è nella dimensione dell'Europa, nonché in special modo dell'Europa medievale, che quella sperimentazione avrebbe trovato il proprio terreno d'elezione – che mettesse in relazione le curve evolutive di fenomeni paralleli, lontani nello spazio e nel tempo oppure vicini e contemporanei.

La comparazione veniva allora ad apparire quasi come un fenomeno plasticamente rappresentabile, «essenzialmente un procedimento di interpolazione delle curve»: colpisce nel testo l'insistenza sulla parola 'curva'; e in forza di quell'interpolazione tra curve sarebbe stato possibile gettare una luce sugli accadimenti.

Ecco quindi il tentativo di un nuovo lumeggiamento *heuristique*⁹, secondo un linguaggio sul quale avrò occasione di tornare in prosieguo: sta di fatto che sarebbe stato possibile acquisire una conoscenza comparata attingendo dai più diversi comparti del sapere.

Nulla di strano, pertanto, se si fossero sottoposte a comparazione le porte bronzee di Trani, Ravello e Monreale, le quali avrebbero a loro volta esibito elementi comuni e differenti rispetto a quelle di Benevento e di Santa Maria Novella¹⁰; si sarebbe trattato, per l'appunto, di una comparazione a maglie strette frutto dell'interpolazione di curve storiche differenti, però tutto ciò avrebbe contribuito a una comprensione ampia e rotonda, senza le chiusure arbitrarie vivacemente stigmatizzate da Bloch.

2. Il lavoro del comparatista-storico

Al di là di quel che può osservarsi con riguardo al binomio rappresentato da conoscenza e comparazione, conviene adesso tornare sulla comparazione diacronica in senso giuridico: il lavoro che si prefigura, per chi intenda utilizzare la comparazione diacronica, appare dunque – e questo già mi pare una significativa acquisizione – da svolgersi secondo parametri comparatistici; e si tratta di parametri che attengono alla modalità della conoscenza, prima che al suo oggetto¹¹.

⁸ Cfr. BLOCH, *Storici e storia*, cit., 74.

⁹ L'espressione è ripresa da DUMOULIN, *Marc Bloch*, Paris, 200, 87: «la nouveauté absolue [...] suppose la création d'un enseignement sur la base d'une démarche heuristique».

¹⁰ Per maggiori dettagli, BLOCH, *Storici e storia*, cit., 201 s.

¹¹ Com'è noto, il tema – comparazione come oggetto ovvero come modalità della conoscenza – è complesso: in termini molto chiari, di recente, SOMMA, *Comparare è giudicare*, in *Comparare*, cit., 241 ss., ove sono riferimenti di letteratura; inoltre, PASCUZZI, *La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 379 ss. in precedenza, tra i tanti basti qui richiamare SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano, 1992; nonché GAMBARO, MONATERI, SACCO, *La comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 48 ss.

La comparazione di cui stiamo parlando presenta dunque la peculiarità di assumere quali elementi del raffronto figure o modelli giuridici che si collocano non nella sincronia, bensì nella distensione cronologica.

L'idea di fondo, come già accennato, è nel senso che possa proficuamente condursi una ricerca comparatistica declinata nella dimensione diacronica in quanto uno o più degli elementi della comparazione riconduce al passato e l'altro (o gli altri) al presente.

Occorre allora pensare che il comparatista-storico, al pari di ogni altro comparatista, muova all'individuazione di almeno due figure o modelli giuridici di cui intenda mettere a paragone i profili strutturali e funzionali: per un verso, una figura o un modello del passato e, per altro verso, una figura o un modello del presente, salvo tutte le possibili varianti offerte da una comparazione triangolare o comunque pluriangolare¹².

Naturalmente, nessuna necessità vi è che il raffronto risponda a simmetria tra le parti messe in relazione, né che il confronto sia strutturato secondo paradigmi prefissati; ancora: non è decisivo che la comparazione sia condotta su scala micro oppure macro.

A margine, si noti peraltro che la varianza della scala di rappresentazione della ricerca si pone in dipendenza di un'enormità di fattori da tenere in considerazione (quanto alla storiografia, poi, in relazione a quest'aspetto evidenti sono i corsi e ricorsi nelle tendenze metodologiche¹³).

Certo è, in ogni caso, che il *quid proprium* del comparatista-storico è di attingere dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che nel raffronto tra figure e modelli del presente si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavora-

¹² L'idea di una comparazione triangolare o pluriangolare – in quanto implicata nel metodo c.d. storico-comparatistico – è peculiare dell'impostazione di ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, a cura di SCHULZE, Berlin, 1991, 61 ss. Nel dibattito italiano, sul punto, GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di CERAMI e SERIO, Torino, 2013, 63 ss., in specie 66: «nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché di questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba costruire la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e debba avere la stessa legittimità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei».

¹³ Si pensi, per esempio, al significato che assunse, in una certa stagione (anche ideologica) della storiografia, il lavoro di GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino, 1976, paradigmaticamente micro-orientato fin già nel titolo. Su analisi micro e macro, cfr. CASABONA, *Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 95 ss.

re del comparatista puro; ma, soprattutto, ammesso che il comparatista puro oggi esista ancora¹⁴.

Un'osservazione merita di essere evidenziata sulla base di quanto detto: che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta che, in quanto legata a presupposti e obiettivi della ricerca, non muove da alcun dato che possa determinarsi a priori; con particolare riguardo alla comparazione, bene emerge dalle parole sopra riportate di Bloch che chi intraprende la strada della comparazione costruisce un'ipotesi di lavoro e di quel lavoro, alla fine del percorso, è chiamato a ostendere i risultati: ciò fermo restando che premesse, svolgimento e conclusioni rientrano pienamente nel margine di rischio della ricerca.

Di quella ricerca, poi, resta chiaro che occorre vagliare gli esiti in termini di conoscenza.

Sia consentita ora una breve riflessione a margine, a precisazione dei passaggi finora compiuti.

Se il *quid proprium* di una ricerca comparatistica – in questo caso, declinata nella prospettiva diacronica – si rinviene nell'identificazione di figure o modelli che vengono posti a raffronto, chiaro è che di per sé resta escluso che possa assumere significato, in termini di comparazione, un lavoro che viceversa si focalizzi sulla ricostruzione di uno sviluppo continuo, a mo' di *excursus* lungo l'asse del tempo, delle vicende che riguardano una certa figura o di un certo modello; in altri termini, se il tema è affrontato lungo la linea di un *continuum* storico, si tratterebbe di una ricerca che, in via di prima approssimazione, potremmo definire *tout court* storica, ma certo non comparatistica: rispetto a quella ricerca, poi, poco muterebbe dal punto di vista metodologico se l'arco di tempo preso a riferimento fosse più o meno lungo, se del caso esteso addirittura fino all'oggi¹⁵.

¹⁴ Naturalmente, il discorso – che propongo in termini così marcatamente semplificati – rimane un passo a monte rispetto al problema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che per esempio, nel solco tracciato da Gorla, è essa stessa, per lo meno in esito a un peculiare percorso culturale, immersa nella storia: cfr. LUPOLI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Foro it.*, 1994, V, 448 ss.; BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., in specie 69 ss.). Vale sottolineare che oggi il discorso comparatistico appare radicalmente mutato fin nei suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recentemente poste da una comparazione sconfinata, disorientata di fronte alle porosità del contemporaneo, cfr. VIGLIONE, *I 'confini' del diritto privato comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 162 ss.; ID., *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in *www.comparazioneDirittoCivile.it*, 2012, 1 ss. La prospettiva era stata ben indicata da HUSA, *About the Methodology of Comparative Law - Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht, 2007; per un bilancio generale sulla comparazione, a cento anni dalla sua 'invenzione', BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, in *Juristen Zeitung*, 2016, 269 ss.; a margine dei profondi mutamenti cui la comparazione è chiamata a far fronte, LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 245 ss.

¹⁵ Quanto affermo esibisce margini di approssimazione assai ampi: per esempio, si potrebbe distinguere la «diacronia» dalla «storia», in ragione della maggiore o minore distanza dalle «fonti

Per esemplificare, una storia del diritto privato in Europa da Roma ai nostri giorni non rappresenterebbe propriamente un lavoro di comparazione diacronica; beninteso, non nego affatto che ciò possa rivelarsi come una ricerca significativa, ma il punto è che si tratterebbe pur sempre di un lavoro schiettamente storico; inoltre, diverso discorso è se, per una serie molto ampia di considerazioni, un lavoro così concepito assuma o meno una valenza scientifica, o piuttosto didattico-divulgativa: ci si potrebbe chiedere se l'arco cronologico sia troppo ampio, se le fonti siano state sufficientemente approfondite, etc. (questa è tutt'affatto un'altra faccenda); inoltre, quel medesimo lavoro potrebbe al suo interno contenere elementi di comparazione (ecco qui ancora un'altra questione).

Viceversa, in termini di comparazione diacronica pare a me che sia da intendere la ricerca che, per ipotesi, si focalizzi sulle *actiones aediliciae* nel processo formulare classico, per un verso, e sui rimedi consegnati al compratore dalle norme di cui agli artt. 1490, 1492 e 1497 c.c., per altro verso¹⁶. In questo caso, due modelli rimediali distanti nel tempo verrebbero messi a raffronto, proprio per indagarne le continuità e le discontinuità, le une lumeggiate dalle altre.

3. Il rischio della ricerca

Come già accennato, ogni ricerca comparatistica identifica in concreto le proprie tappe essenziali, in relazione al percorso che l'autore ritenga di tracciare, nonché in relazione alla coerenza che quel percorso sia in grado di evidenziare.

Esemplifico, anche in questo caso: se s'intende proporre un lavoro di comparazione diacronica in tema di dolo incidente, a mio giudizio non ci si potrebbe limitare a un confronto tra le fonti riferibili alla Roma classica e la figura definita all'art. 1440 del codice civile italiano (sempre che si voglia rimanere con lo sguardo sull'ordinamento italiano); in effetti, sarebbe qui errato trascurare che la specifica vicenda del dolo incidente mostra dei punti di snodo, imprescindibili nell'economia intrinseca del discorso, che suggeriscono di meglio scandire l'arco di tempo intermedio tra talune fonti relative all'elaborazione del dolo in seno alla giurisprudenza romana e il sistema vigente¹⁷.

originali, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse», MONATERI, *Morfologia, Storia e Comparazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 268. Peraltro, non si potrebbe certo dubitare del fatto che, se s'intende fare storia, occorre farlo con le fonti: per tutti, FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino, 1992, 70.

¹⁶ Del confronto tra questi modelli mi ero già occupato in DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, 838 ss.

¹⁷ Il che spero emerga da DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011, 609 ss.

Gli elementi della comparazione sono dunque identificabili in relazione alla logica della specifica indagine, nonché sempre e unicamente per scelta e responsabilità di chi porta avanti la ricerca.

Si è giunti qui a un punto – cui per vero avevo già fatto cenno – che a me sembra essenziale.

Quando si percorre la via della comparazione, sempre è necessario accettare il rischio implicito nell'assunzione degli elementi della comparazione.

Va ribadito, sotto questo primo profilo, che non v'è un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

Per meglio esprimere quel che esattamente intendo, è opportuno ritornare, almeno per un momento, sul profilo degli esiti di conoscenza cui la ricerca tenta di orientarsi.

Pare a me che debba ritenersi del tutto acquisito alla consapevolezza di chi voglia sviluppare una conoscenza giuridica (in qualunque direzione) il tema della gestione di quell'insopprimibile componente di arbitrarietà – e intendo il termine in senso nient'affatto provocatorio – che vi è nella scelta dei punti di partenza dell'indagine, per un verso, nonché, per altro verso, della più piena e trasparente verificabilità/falsificabilità del lavoro che conduce agli esiti della medesima indagine.

Basterebbe allora il richiamo alla lezione proveniente dall'epistemologia della seconda metà del Novecento per smentire qualsivoglia pretesa di obiettività che si pensasse di riferire all'assunzione delle premesse della ricerca: e ciò appare non meno evidente nella ricerca giuridica, rispetto a ogni altra, quantomeno dopo la lezione gadameriana¹⁸.

Senza voler su ciò aprire qui un cono di luce troppo ampio, credo possa essere utile un cursorio richiamo alle pagine di *Wahrheit und Methode*; pagine dalle quali ben si trae la più lucida – e definitiva, a mio giudizio – lezione di demitizzazione di ogni residua velleità obiettivante rispetto alla 'posizione' dell'oggetto dell'indagine: *Wahrheit* non è (neppure) nella 'posizione' dell'oggetto, mai e in nessun caso, bensì (semmai) nella messa a nudo dei punti di partenza dell'analisi nella loro soggettività.

Da questo punto di vista, non v'è differenza tra la situazione in cui opera lo storico e quella in cui si muove il giurista: «un accesso immediato all'oggetto storico, che ci metta in condizione di conoscere la sua posizione 'obiettiva' non vi può essere. Lo storico deve fare lo stesso tipo di riflessione che guida il giurista»¹⁹.

¹⁸ Si veda GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, di cui utilizzo la trad. it. a cura di VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano, 1987, in specie 376 ss. Declinato sul piano della ricerca giuridica comparata, il tema risulta ben chiarito da ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di DI MAJO e GAMBARO, Milano, 1998, 34 ss.; sulle analogie metodologiche tra storia del diritto e comparazione giuridica, inoltre, KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *JuristenZeitung*, 1992, 20 ss.

¹⁹ Così GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 379 s.; il tema dell'identità dei criteri di validazione della ricerca comparatistica e di quella storica è sviluppato anche da GORLA nella voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963.

La riflessione su *Wahrheit und Methode* ci indurrebbe poi, ancora in un'ottica di piena acquisizione di consapevolezza in ordine a scopi e metodi della ricerca, a qualche ulteriore ragionamento sul tema della 'precomprensione', la quale – com'è noto – almeno dopo Gadamer non si reputa più riducibile a oggetto di rimozione, quasi fosse il *refoulé* di cui trattano gli psicanalisti; bensì, coerentemente, quella precomprensione va esplicitata e posta in premessa di un discorso intellettualmente onesto, che abbia l'ambizione, attraverso continui processi di verifica, di recare un contributo di conoscenza²⁰.

Mi fermo però su questi aspetti, aggiungendo soltanto che, in ogni caso e comunque, anche quando si intendesse condurre uno studio non orientato in prospettiva di comparazione diacronica, non diversi sarebbero i problemi e le difficoltà rispetto al tema della 'posizione' dell'oggetto della ricerca.

Anche qui esemplificando, qualora si voglia impostare un'indagine tradizionalmente esegetica su un certo aspetto della responsabilità per evizione nel contratto di *emptio venditio* in epoca classica, la domanda dovrebbe essere: cosa suggerisce allo studioso di prendere in esame o comunque di valorizzare una certa fonte e non un'altra, di tracciare un determinato percorso tra quelle fonti e di stabilire connessioni, nessi e infine di giungere a talune conclusioni?

Chi svolge la ricerca compie non evitabili atti d'arbitrio che una corretta metodologia impone di evidenziare con chiarezza, perché se del caso li si sottoponga a critica.

Il rischio della ricerca grava sempre su chi la conduce, e si tratta di un rischio che – come detto – non è dissimile in ragione dell'oggetto prescelto; sempre identica è, quindi, la necessità di mettere a nudo i punti di partenza e gli sviluppi di un certo itinerario.

Qui mi fermo su questi aspetti metodologici, giacché il pericolo è quello di allontanare lo sguardo dal focus che mi ero prefissato: e vorrei invece tornare a concentrare specificamente l'attenzione sulla comparazione diacronica.

4. Notazioni a margine

È opportuno ora aggiungere talune notazioni che possano contribuire a meglio chiarire come a mio giudizio possa intendersi la comparazione diacronica.

Anzitutto, nel praticare la comparazione diacronica, si pone il problema della direzionalità da imprimere alla ricerca; per essere più chiaro, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo à *rebours* lungo il corso della storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, in tal

²⁰ Si veda GADAMER, *Verità e metodo*, cit., in specie 384. Certo, non ho alcuna pretesa di sottrarre a possibilità di critica il pensiero gadameriano: però resta fermo che da quel pensiero, almeno per i profili evidenziati, appare difficile prescindere; sulla celebre disputa tra Gadamer e Betti, per estrarne alcune considerazioni di sicuro interesse per chi pratica la comparazione e al contempo la storia, è tornato IRTI, in *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1038 ss.

modo mettendo in opera un lavoro di scavo che consenta di tratteggiare la genealogia di un'idea.

I principali rischi insiti in un'operazione di questo tipo sono risaputi: occorre tenersi ben discosti dal pericolo di cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti (il presente e il passato vanno mantenuti nella giusta distanza); bisogna poi non adagiarsi nella mitologia dell'*Ursprung*, che tutto spiega con immediata evidenza.

Insomma, la banalizzazione è sempre in agguato.

Poc'anzi ho parlato di genealogia di idee, utilizzando quindi un lessico che certo non è senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento contributi che, pur elaborati non in relazione diretta ai temi del diritto (bensì semmai soltanto lambendolo), hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica orientata a costruire conoscenza sulla base del confronto diacronico; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce un bagaglio imprescindibile per chi oggi si prefigga di fare storia delle idee²¹.

Anche in questo caso, la propensione per un procedere *à rebours* è da intendersi in senso unicamente orientativo: la comparazione diacronica a ritroso rappresenta la modalità di impostazione della ricerca che a me pare in linea generale convincente per un più esatto allineamento dei problemi; così è dato procedere nel senso di una decostruzione critica piuttosto che nel senso di una retoricizzazione dell'origine. Ma, ancora

²¹ Cfr. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it., Torino, 2004; Id., *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano, 2009: il riferimento foucaultiano vale però qui a indicare, più ampiamente, che da più parti sembra essersi attivata un'attenzione forte e nuova verso metodiche che siano in grado di trasporre nell'ambito della storiografia giuridica il procedere 'genealogico' (senza qui soffermarci sulla distinzione che lo stesso Foucault dopo un certo momento delineò rispetto a quello 'archeologico', almeno da quando ebbe a maturare una sorta di rinuncia alla ricerca stessa di un *arché*, come ben evidenzia STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne, Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di BONIN, HAKIM, NASTI, SCHIAVONE, Torino, 2019, 59 ss.; in argomento, si veda anche STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010). Con preferenza per un impiego al plurale, 'genealogie', si veda inoltre quanto osserva BRUTTI, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 295 ss., ove, in particolare, 299, nt. 6: ivi è ricostruito l'itinerario intellettuale sviluppato da Michel Foucault, a partire da una suggestione proveniente dal Nietzsche della *Genealogia della morale*; in effetti, proprio nel lavoro del 1971 intitolato *Nietzsche. La généalogie, l'histoire* – poi raccolto in trad. it. all'interno di *Microfisica del potere*, Torino, 1977 – Foucault aveva avviato una riflessione che poi a lungo avrebbe accompagnato le sue indagini. A conferma del progressivo assorbimento di meccanismi e metodi tipici dell'elaborazione foucaultiana nel contesto del più recente e consapevole discorso giuridico – e segnatamente entro il perimetro di un discorso sul metodo – si noti la pubblicazione di *Wahrheit und Macht. Interview mit Michel Foucault von Alessandro Fontana e Pasquale Pasquino in Privatrechtstheorie*, I, herausgegeben und verfasst von GRUNDMANN, MICKLITZ, RENNER, Tübingen, 2015, 1064 ss. (si tratta della traduzione in tedesco di un'intervista resa originariamente in italiano); più ampiamente, i due volumi dell'ambiziosa raccolta rappresentano lo sfondo ideale del dibattito europeo, in lingua tedesca, entro il quale possono essere collocate molte delle riflessioni che in queste pagine ho cercato di sviluppare.

una volta, solo una progettazione del piano di lavoro caso per caso potrà comprovare la maggiore o minore bontà di quest'orientamento di massima.

Anche al di là della direzionalità della ricerca, ben si comprende che a esiti di improbabile plausibilità giungerebbe chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche che definirei evoluzionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa²².

Senza dubbio, non è questa la comparazione diacronica alla quale sto pensando come modello di conoscenza.

Nel raffronto, il comparatista-storico sarà invece chiamato a lavorare per sovrapposizione, quasi come un geografo che tenti di mettere in stratigrafia la figura o il modello giuridico del presente rispetto a una figura o a un modello del passato.

L'operazione conoscitiva – come in altra occasione ho avuto modo di osservare²³ – presenta alcune assonanze con quella che conduce, nel linguaggio dei fisici, alla conoscenza retrodittiva. Ci si prefigge di determinare la posizione e la quantità di moto di una particella in via retrospettiva, da un momento x a un momento $x-1$, sulla base di un certo numero di elementi noti (e, più di un certo numero, non potranno essere, esattamente come nell'analisi storico-giuridica).

Il riferimento a un processo conoscitivo praticato nella fisica è utile anche perché suggerisce di accettare un modello di ricerca scientifica del tutto consapevole dell'insta-

²² Il punto mi pare ben chiarito da FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi del diritto e formazione del giurista europeo*, a cura di GAROFALO, Napoli, 2017, in specie 14; peraltro, già SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 184, ammoniva: «si rischia di concepire il processo storico giuridico come uno sviluppo lineare dalle origini di Roma al mondo attuale. E una tale concezione nettamente smentita dalla realtà». In effetti, il rischio di una ricostruzione assai ingenua – in definitiva depauperante rispetto alla ricchezza che sempre risiede nella contraddizione, nella spezzatura, nell'irregolarità della storia – ha percorso l'assai vasta letteratura che negli ultimi anni ha collegato lo studio del diritto di ieri al presente. Mi sembra ben cogliere il rischio insito nell'impostazione che – per semplicità – ho denominato evoluzionistico-darwiniana FUSARO, *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Contr. e impr.*, 2016, 333, il quale suggerisce di «considerare le esperienze storiche non quali antecedenti, ma come modelli concorrenti con quelli contemporanei». Da sempre lontano da ricostruzioni della comparazione orientate in senso retorizzante SOMMA, *Comparare è giudicare*, cit., in specie 246 ss.

²³ Cfr. DALLA MASSARA, *Lo storico*, ne *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, a cura di VISINTINI, Napoli, 2013, in specie 186 ss., ove sviluppavo alcune considerazioni partendo da HEISENBERG, *Indeterminazione e realtà*, Napoli, 1991, 128, il quale precisava che «nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso».

bilità dei presupposti di partenza: ma qui, di nuovo, è sufficiente far richiamo *en bloc* all'ampio contributo offerto dall'epistemologia contemporanea²⁴.

Sono persuaso che il lavoro del comparatista-storico meriti di essere orientato a indagare tutti gli aspetti – anche quelli antropologici, religiosi, culturali nel senso più lato²⁵ – delle figure e dei modelli che sono messi in gioco nel raffronto, però senza mai perdere la precipua attenzione che meritano i meccanismi tecnico-giuridici; in effetti quei meccanismi, pur dentro una tessitura più complessa, devono potersi rendere leggibili.

La filigrana del diritto si lascia individuare anche dentro l'intreccio più intricato ed eterogeneo: e non fa differenza tra diritto e diritto, giacché è sicuramente fecondo lo studio delle strutture del diritto privato così come delle organizzazioni sociali, del diritto sostanziale come di quello processuale.

In ogni caso, credo che una proposta in direzione della comparazione diacronica debba sforzarsi di parlare – bettianamente, almeno in questo senso²⁶ – da giurista a giuristi: e dunque, in relazione agli oggetti di indagine, deve essere individuato volta per volta – altrettanto bettianamente – il problema giuridico, cosicché ciascuna delle singole

²⁴ Per tutti, GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 376 ss. Proprio una siffatta instabilità induce ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per aree circoscritte, come suggerito da HINTIKKA, *Self-profile*, in BOGDAN, *Jaakko Hintikka. A profile*, Dordrecht, 1987, 9.

²⁵ Già SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 172: «pertanto l'identità, la somiglianza o, comunque, la derivazione di forme o concezioni giuridiche è direttamente proporzionale all'identità, somiglianza o derivazione di rapporti ed esigenze economiche di due determinate formazioni sociali. La comparazione, e la comparazione diacronica in particolare, è sempre possibile, ma i risultati in ordine a comunanza, somiglianza, rapporto di derivazione di istituti sono, naturalmente diversi a seconda della maggiore o minore diversità fra le due formazioni». Sulla necessità di un'estensione del cono d'attenzione alla «storia dei contesti», dunque contro ogni rischio di de-storicizzazione dell'oggetto di studio, si veda BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, cit., in particolare 73 ss., ove sono riferimenti più precisi al rilievo che proprio nella direzione di una storia dei contesti assunsero in special modo i contributi di Riccardo Orestano e di Gino Gorla. D'altra parte, per una lettura in chiave anticoncettualistica del pensiero di Gorla, si veda già SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di SACCO, Milano, 1980, 244 s.: «denudato il diritto dal dogma, la costante giuridica dev'essere ricercata altrove: Gorla conduce la ricerca in modo induttivo, prende a disconoscere le stesse massime giurisprudenziali e mette al centro la ragione del decidere». Nel senso di una netta estroflessione della ricerca comparatistica, si veda già HELDRICH, *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift*, 1970, 427 ss.; nonché, recentemente, per una ricerca storico-giuridica che sia improntata alla massima apertura, in specie all'insegna di un «pluralistic legal mind», AUGUSTI, *Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 31 ss., in specie 40 ss.

²⁶ Mi riferisco a BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1991; ID., *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, *ibidem*, 393 ss., nonché a *Storia e dogmatica del diritto*, *ibidem*, 573 ss. (su cui, di recente, SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 63 ss., in specie 92 ss.).

componenti di quel problema possa essere indagato in chiave di decostruzione critica (à la Derrida, se si vuole) e, possibilmente, di proposta ricostruttiva.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare, dopo tanti anni, su antiche discussioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla²⁷.

Però sulla capacità di comunicare all'interno dell'unica e inscindibile comunità dei giuristi credo sia necessario insistere: ho avuto occasione di sviluppare altrove qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storico-giuridica che sovente in questi ultimi anni si è espressa nei termini di un linguaggio endoparadigmatico, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non hanno contribuito a realizzare ciò che i filosofi chiamano una conoscenza cumulativa, per lo meno in relazione al sapere giuridico nel suo complesso²⁸.

5. «Descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile»

Ancora un punto, conclusivamente, mi pare che resti da sottolineare; e si tratta però di un aspetto che assorbe e sintetizza larga parte dei precedenti rilievi.

Non si sarà mai ribadito a sufficienza che quella perseguita dalla comparazione diacronica è una funzione puramente epistemica, ossia – come accennato in apertura – misurabile in termini di contributo alla conoscenza dei problemi attraverso il raffronto tra figure e modelli, inclusa l'analisi dei modelli impliciti (o, se si preferisce, dei crittotipi).

²⁷ Sia consentito rimandare a DALLA MASSARA, *Lo storico*, cit., 186 ss. Anche soltanto a sfiorare il problema di cosa s'intenda per dogmi e per dogmatica, il discorso si fa irto di insidie, nominalismi e pregiudizi: per vero, non ritengo che si possa applicare al linguaggio giuridico il significato di 'dogma'/'dogmatica' che proviene dalla teologia; su questi temi, valga un richiamo alle riflessioni di CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, 2009, 61 ss.; inoltre, STOLFI, *I casi e la 'regula': una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli, 2014, 40 s. Una lettura dinamica dell'idea di dogmatica, come noto, è in MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, in specie 479; si contrapponeva agli eccessi dell'anti-dogmatismo (per lo meno nella misura in cui per dogmatica si intenda uno strumento di lettura della realtà), e ciò proprio muovendo da una riflessione su dogmatica e comparazione, anche DÖLLE, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift*, 1970, 403 ss.

²⁸ Su questi profili, muovendo dalla lettura di MARCONI, *Il mestiere di pensare*, Torino, 2014, 112 ss., mi ero soffermato in DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in *Sem. Compl.*, 2015, 657 ss., in specie 668; in precedenza, qualche considerazione nella medesima prospettiva avevo espresso in DALLA MASSARA, *Lo storico*, cit., 173 ss., frutto di una riflessione congnistica nella quale avevo avuto l'onore di condividere il macro-tema con P. Grossi, il quale avrebbe poi condensato il suo pensiero in GROSSI, *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline*, in *Contr. e impr.*, 2012, 321 ss.

Sarebbe del tutto incongruo, viceversa, attendersi che il confronto tra passato e presente risponda a una funzione che – per contrapposizione – potremmo definire euristica, nel senso che la storia giuridica conduca a trovare la soluzione rispetto ai problemi del presente²⁹. Velleitaria – ma, al fondo, errata – sarebbe insomma l'idea di leggere nell'*historia*, così assecondando una banalizzazione dell'antica retorica didascalico-ciceroniana, la *magistra vitae*.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto del passato che fosse orientato in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante in base alla quale nel diritto di ieri, in specie nel diritto romano, si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la giusta regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire attraverso un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi; sforzo che potrebbe immaginarsi condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico ovvero addirittura dei diritti universali³⁰.

Anche su ciò mi pare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Giungiamo dunque alle conclusioni del discorso.

Mi sono soffermato dianzi sulla comparazione come modalità della conoscenza; ho evidenziato la necessità che le premesse di una ricerca condotta attraverso la comparazione diacronica siano messe a nudo con trasparenza: ogni ricerca deve essere condotta secondo corretti parametri di verificabilità/falsificabilità; di seguito, mi sono sforzato di sottolineare la necessità che al centro sia posto un problema. Se si tratta di un problema giuridico da risolvere, allora quella ricerca risulterà comunicante, sicché il discorso si rivelerà in grado di entrare in una relazione di conoscenza cumulativa entro la comunità dei giuristi.

Alcuni segmenti essenziali di questo ragionamento mi pare si trovino ben sintetizzati in un passaggio di Lucien Febvre, colui che con Marc Bloch – da cui avevo preso le mosse – aveva condiviso una relazione intellettuale profonda, snodatasi tutta attorno al Collège de France: «lo storico crea i suoi materiali, o, se vuole li ricrea: lo storico non si

²⁹ Si veda DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 118 s. Mi fa particolarmente piacere che proprio la qualificazione «epistemisch nicht euristisch», ripresa da quest'ultimo mio scritto, sia stata riferita a una «diachrone Rechtsvergleichung», posta a confronto con la tradizionale «Rechtsgeschichte», all'interno della relazione dal titolo *Das Leben der anderen? Funktionen und Methodiken beim Blick über die Grenze*, che fu tenuta a Bayreuth dal Collega e Amico Martin Schmidt-Kessel, Presidente dell'Associazione dei comparatisti tedeschi, nel contesto del Convegno sui metodi della comparazione, il giorno 8 novembre 2018 (cito dal paper in mio possesso, in specie 12).

³⁰ Si veda DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 119. In chiave critica sui differenti impieghi – tutti retorizzanti – del diritto romano, SOMMA, *Fare cose con il diritto romano*, in *Ostraka*, 2008, 225 ss., nonché in specie sulla «naturalizzazione del diritto romano», 227 ss.; inoltre, SOMMA, *Comparare è giudicare*, cit., 241 ss.

muove vagando a caso attraverso il passato, come uno straccivendolo a caccia di vecchiumi, ma parte con un disegno preciso in testa, con un problema da risolvere, un'ipotesi di lavoro da verificare. Dire: "questo non è un atteggiamento scientifico", non è forse mostrare semplicemente che della scienza, delle sue condizioni e dei suoi metodi non si conosce molto? L'istologo, ponendo l'occhio alla lente del suo microscopio, afferra forse immediatamente i fatti bruti? L'essenziale del suo lavoro consiste nel creare, per così dire i soggetti della sua osservazione, con l'aiuto di tecniche spesso assai complicate; e poi, presi questi soggetti, nel "leggere" i suoi prospetti e i suoi preparati. Compito arduo, in verità. Perché descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile»³¹.

Ecco, qui mi fermo.

In effetti, il messaggio davvero imprescindibile è – con tutta probabilità – racchiuso in queste parole: il compito non è descrivere quel che si vede, ma vedere quel che occorre descrivere.

³¹ Cito da FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino, 1992, 72 s.

