

LA COMPARAZIONE COME METODO

(Una nota sulla struttura del *tertium comparationis*)¹⁻²

Prof. Remo Caponi³

Università degli Studi di Firenze

“Noi non siamo studiosi di certe materie, bensì di problemi.

E i problemi possono passare attraverso
i confini di qualsiasi materia o disciplina”

(K. Popper).

Rivolgo un ringraziamento sentito all’Istituto brasiliano di diritto processuale, in particolare nelle persone dei professori Paulo Lucon e Cassio Scarpinella e di tutte le persone che hanno contribuito all’organizzazione di questo bel convegno. Sono molto onorato dell’invito all’appuntamento più importante e prestigioso della cultura di diritto processuale brasiliana, e così a uno degli appuntamenti più importanti del mondo in questa materia. Ho accettato con entusiasmo, anche per il tema molto stimolante sul quale mi è stato proposto di riflettere. Mi dispiace solo di non poter cogliere l’occasione per incontrarvi e visitare di nuovo il vostro bellissimo Brasile. Ma l’occasione è solo rinviata.

Il tema di questo *panel* è molto generale. Lo svolgimento è affidato alla sensibilità e agli interessi di chi è stato chiamato a parlare. Spero che la mia sensibilità e i miei interessi nell’interpretare il tema saranno condivisi anche dall’uditorio.

All’inizio ero incerto su come svolgere il mio intervento. Ho notato innanzitutto l’assenza di riferimenti al diritto processuale dal titolo. Certamente, avrei potuto recuperare il riferimento al diritto processuale in modo molto semplice: sono uno studioso di diritto processuale e parlo in un convegno di questa materia. Pertanto, avrei potuto parlare della utilità del diritto comparato nel conoscere, interpretare e applicare le norme fondamentali di diritto processuale: cioè, in primo luogo, le garanzie di rango costituzionale e/o i principi fondamentali del processo e della giurisdizione. Così, mi sarei

¹ Appunti per l’intervento alla tavola rotonda *Norme fondamentali e diritto comparato*, alle *XIII Giornate Brasiliane di diritto processuale*, 28 settembre 2021 (*on line*). Il testo è gravato di tutti i limiti della forma di esposizione orale e tiene conto che si rivolge ad un uditorio straniero (ad esempio, ripetizioni attraverso sinonimi, eccetera). Entro questi limiti, il contributo può essere anche citato, precisando che si tratta della bozza provvisoria dell’intervento al predetto convegno.

² Versão em português: CAPONI, Remo. A comparação como método. (uma nota sobre a estrutura do *tertium comparationis*). Trad.: Michele Pedrosa Paumgarten. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, ano16, v. 23, ano1, janeiro-abril, 2022, pp. 1255-1265.

³ Professore Ordinario nell’Università degli Studi di Firenze, Italia. E-mail: remo.caponi@gmail.com

trovato davanti a un'alternativa, alla necessità di scegliere tra due strade. La prima strada era quella di trattare dell'argomento in modo generale, cioè in termini di teoria generale del diritto. La seconda strada era quella di riferirsi ai principi fondamentali del processo di un determinato ordinamento giuridico, ad esempio del diritto italiano. In questo caso, parlando ad un pubblico prevalentemente brasiliano, avrei scelto probabilmente la prima strada. Avrei impostato il discorso in termini di teoria generale del processo, cercando di individuare le caratteristiche differenziali delle norme fondamentali processuali rispetto alle norme fondamentali sostanziali e di mettere in relazione tali differenze con una impostazione di studio di diritto comparato.

Come avrete notato, io ho usato finora il modo condizionale del verbo (*avrei potuto, mi sarei trovato, eccetera*) per indicare che non è questa la prospettiva che ho adottato in questo intervento. Forse per molti di voi sarà una piccola delusione e mi dispiace. Ma ne ho parlato per dire che, se ci sarà un dibattito dopo gli interventi, sono disponibile a rispondere a rispondere volentieri alle vostre domande o curiosità su questa prospettiva che per il momento metto da parte.

In un primo tempo, valorizzando l'assenza dal titolo di ogni riferimento al diritto processuale, avevo pensato di riflettere con voi sul rapporto tra norme fondamentali e diritto comparato. In questa prospettiva, mi ero posto una serie di quesiti basilari:

- (a) Che cosa sono le norme fondamentali?
- (b) Che cosa è il diritto comparato?
- (c) Come si fa la comparazione giuridica?
- (d) A che cosa serve il diritto comparato? Poi ci sarebbe un ultimo quesito, da rinviare ad altra occasione:
- (e) Perché una persona, un essere umano può [nel senso di: è legittimato a] parlare in modo competente dei primi quattro quesiti (a, b, c, d).

All'inizio, mi sono in effetti posto la prima domanda (che cosa sono le norme fondamentali?), ma poi nel corso del lavoro ho scoperto che mi piaceva svolgere il discorso sulla comparazione giuridica in generale, indipendentemente dal fatto che si tratti di comparare norme fondamentali o norme sostanziali o processuali non fondamentali. Quindi metto la risposta a questo quesito tra parentesi.

Avevo offerto una prima risposta davvero ovvia: le norme fondamentali di un ordinamento sono le norme base, i principi cardine, che si ricavano normalmente dalla costituzione (scritta o non scritta) di quell'ordinamento. Più complicato è individuare quali sono in concreto le norme base nell'ordinamento a cui ci si riferisce. Certamente non sono tutte le norme della costituzione. Se vi è una norma costituzionale che stabilisce i colori della bandiera nazionale, questa è certamente una norma importante, ma non è una norma fondamentale, nel senso che il suo contenuto non incide (probabilmente) sui fondamenti di quell'ordinamento. Importante è il punto di vista dal quale si guarda all'identificazione di norme fondamentali. A sua volta, l'angolo di visuale è determinato dallo scopo che si intende conseguire quando si cerca di identificare norme fondamentali. Dall'angolo visuale medio dei giuristi occidentali che vivono e operano dopo la seconda guerra mondiale potremmo spingerci a individuare tre norme ovvero tre istituzioni fondamentali: lo Stato di diritto o *rule of law*, il rispetto dei diritti fondamentali e la democrazia. Così la domanda riceve una prima risposta, molto approssimativa e generica. Stato di diritto o *rule of law*, diritti fondamentali e democrazia sono solo parole che noi pronunciamo o scriviamo, ma che si riempiono di contenuto attraverso la loro applicazione concreta, che ben può essere diversa da un ordinamento all'altro. Il punto di vista medio del giurista occidentale deve lasciare il posto alla prospettiva del giurista che proviene da un determinato ordinamento nazionale (italiano, tedesco, brasiliano), nel senso che egli, nel riempire di contenuto queste parole, sarà condizionato da ciò che egli ha vissuto e studiato in relazione al proprio ordinamento.

Recupero il lavoro che avevo svolto per fare un esempio concreto che mi servirà da letto di scorrimento per il discorso. Nella cultura occidentale, dopo la seconda guerra mondiale, le norme fondamentali per eccellenza sono quelle che prevedono i diritti fondamentali, *Fundamental Rights*, *Grundrechte*. Faccio l'esempio del giurista italiano che vuole studiare i diritti fondamentali nell'ordinamento tedesco (ma penso insieme anche al caso parallelo e reciproco del giurista tedesco che vuole studiare i diritti fondamentali nell'ordinamento italiano). Mi pongo tre domande:

(a) Il giurista italiano che studia i *Grundrechte* dovrà muovere dalla nozione italiana di diritto fondamentale?

(b) Oppure egli dovrà presupporre la nozione tedesca di diritto fondamentale?

(c) Oppure egli dovrà ipotizzare un qualche elemento o aspetto comune alla nozione italiana e alla nozione tedesca? In altri termini, egli dovrà presupporre una specie di definizione intermedia di diritto fondamentale e comparare la nozione tedesca (e quella italiana) di diritto fondamentale con questa definizione intermedia?

Evidentemente, le stesse tre domande possono essere sollevate, in modo corrispondente e in direzione opposta, con riferimento al giurista tedesco che indaga i diritti fondamentali nell'ordinamento italiano.

Con la formulazione di queste tre domande sono già entrato nel terreno che è occupato dal secondo quesito: che cosa è il diritto comparato? Il diritto comparato è un metodo, una procedura per raggiungere certi risultati. Mi piace parlare di procedura perché mi rivolgo a studiosi e cultori del diritto processuale, che si occupano della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. Il diritto comparato non studia norme sostanziali, ma è una procedura per studiare norme sostanziali o processuali (come nel caso del diritto processuale comparato). Esso è quindi una materia strumentale allo studio di norme giuridiche. Pertanto, io preferisco chiamare il diritto comparato: comparazione giuridica, come fanno i giuristi tedeschi che chiamano questa materia *Rechtsvergleichung*. Parlare di comparazione giuridica, piuttosto che di diritto comparato, serve a sottolineare che l'accento cade sul metodo stesso della comparazione e non tanto sul diritto (brasiliiano, italiano, tedesco, eccetera) che è oggetto della comparazione.

Porre l'accento sulla comparazione, piuttosto che sul suo carattere giuridico, indica una strada da percorrere: quella di confrontare la comparazione giuridica con il metodo della comparazione in generale, cioè con il metodo con cui si paragonano tra di loro le cose o i fatti della vita per scoprire somiglianze e differenze tra di loro. Questo è un punto importante. Di solito, quando si parla di diritto comparato si richiama il ruolo delle differenze culturali, di *ethos*, eccetera tra le popolazioni dei diversi ordinamenti che sono oggetto della comparazione. Chi di voi conosce un poco i miei lavori sa quanta importanza io attribuisca a questo aspetto. Tuttavia, oggi con voi vorrei sondare un altro itinerario, quello di cercare le somiglianze tra la comparazione tra due ordinamenti e, per esempio, il paragone tra la mela e l'avocado.

La prima cosa da notare è la seguente: il confronto tra la comparazione giuridica e il paragone tra la mela e l'avocado è, a sua volta, una comparazione. Infatti io uso le

parole comparazione, confronto e paragone come sinonimi (semplicemente, per non ripetere troppe volte il termine comparazione).

Ne segue che, in questo modo, io sto parlando del metodo della comparazione facendo direttamente una comparazione. In altri termini, io parlo di un metodo, applicando direttamente quel metodo.

Questo modo di procedere (questo metodo!) non è strano, ma è del tutto normale ed è elemento quotidiano del nostro modo di essere al mondo. Noi non possiamo parlare della nostra vita, se non vivendo. Quando parliamo della nostra vita, noi viviamo. Su questo paragone/confronto tra metodo e vita spero di poter ritornare in altra occasione, poiché in questo momento mi porterebbe troppo lontano. Ciò mi impegnerebbe a rispondere all'ultimo quesito (e)

La comparazione è quindi un metodo. Che cosa è il metodo? Ho già detto: il metodo è uno strumento per raggiungere risultati.

Quali risultati? Quelli di volta in volta stabiliti da chi fa la comparazione. Si tratta quindi di un metodo molto flessibile che può essere diretto a conseguire risultati di diversi in ogni occasione. Su questo punto ritornerò più avanti, indicando anche il modo in cui chi fa la comparazione stabilisce i risultati da raggiungere con quest'ultima.

Ritorno a parlare del metodo in generale. Peraltro, come ho già fatto capire, la prima regola metodologica è quella di non trattare di questioni metodologiche in termini astratti. Questa prima regola dovrebbe essere l'unica formulata in termini astratti. Le questioni metodologiche intelligenti difficilmente sorgono *a priori*, ma piuttosto mentre si lavora sul merito di un argomento specifico. La parola "metodo" ha origine dal greco antico μέθοδος, composto da μετα- ("in direzione di", "alla ricerca di") e ὁδός ("strada, percorso").

"Il metodo è la strada dopo che la si è percorsa". Questo detto, attribuito al sinologo francese Marcel Grenet, è riferito da C. GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero, falso, finto*, seconda edizione, Milano, 2015, all'inizio del capitolo intitolato *Streghe e sciamani*. Oppure ci si può esprimere in termini poetici, presi a prestito da *Caminante* di Antonio Machado: "non esisteva il sentiero; l'ho fatto camminando".

Io preferisco dire: "Il metodo è la strada mentre la si percorre". In effetti, il metodo giusto può essere scoperto di solito indagando il merito del tema che ci impegna.

In altre parole, il metodo è il ritmo che la riflessione sul merito scandisce al proprio sviluppo.

In che cosa si differenzia lo studio della comparazione giuridica (o meglio: attraverso la comparazione giuridica) rispetto allo studio del proprio diritto nazionale, del diritto internazionale, del diritto straniero?

Provo a rispondere ritornando a riflettere sull'esempio del giurista italiano che studia i *Grundrechte* (diritti fondamentali) nell'ordinamento tedesco.

In primo luogo, si dovrà escludere che il giurista italiano possa muovere dalla definizione italiana. Non potrà studiare il diritto tedesco come se fosse il diritto italiano. Questo sembra assolutamente evidente.

Tuttavia, c'è una difficoltà insuperabile: egli rimane pur sempre un giurista italiano. Non può uscire con la propria mente dal proprio corpo vivente e guardare se stesso e la propria cultura nazionale dall'esterno. Può fingere di farlo, ma non può farlo effettivamente. Anche quando fingerà di osservarsi dall'esterno rimarrà sempre immerso nella propria cultura (generale e giuridica) nazionale. Non può studiare il diritto tedesco come se fosse un giurista tedesco. Studierà il diritto tedesco come lo può fare un giurista italiano.

Con ciò ho avviato anche la risposta alla seconda domanda. Nello studiare i diritti fondamentali nell'ordinamento tedesco, il giurista italiano ben potrà presupporre la nozione tedesca di *Grundrechte* ma non potrà mai farlo come il giurista tedesco che compie questa stessa operazione. Compirà questa operazione sempre da giurista italiano.

Inoltre, in questo caso, egli svolgerà un'indagine di diritto straniero, non di diritto comparato. Egli, *consapevolmente e volontariamente*, non compara nulla, ma si limita a studiare i diritti fondamentali nell'ordinamento tedesco.

Egli compirà delle operazioni di comparazione giuridica *in modo inconsapevole e involontario*, proprio perché, studiando i *Grundrechte* come giurista italiano egli li studierà in modo diverso, differente rispetto al giurista tedesco. Ma queste differenze, queste diversità di approccio potranno essere utilmente colte soprattutto dal giurista tedesco che svolge l'indagine parallela sui diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. La constatazione di tali differenze lo aiuteranno a individuare la nozione italiana di diritti fondamentali da porre a fondamento della sua analisi, poiché è tale nozione che il giurista italiano non è riuscito sufficientemente a neutralizzare, a mettere fuori gioco, nello

studiare i *Grundrechte*. Tale mancata neutralizzazione è all'origine delle differenze di approccio colte dal giurista tedesco. Ne scaturisce un consiglio per svolgere indagini di diritto straniero: è utile studiare le operazioni parallele e reciproche compiute dal giurista straniero sul nostro ordinamento di origine.

Passo alla terza domanda. La ricordo: lo studioso italiano dovrà ipotizzare una nozione intermedia di diritto fondamentale e comparare la nozione tedesca e quella italiana con questa nozione intermedia?

Avete capito che la domanda è retorica. La risposta non può essere che positiva. Se il giurista italiano intende svolgere un'indagine di diritto comparato dovrà procedere in questo modo: dovrà presupporre uno o più elementi in comune alle due nozioni (italiana e tedesca) di diritto fondamentale, affinché queste ultime possano essere comparate o confrontate (nelle loro somiglianze e nelle loro differenze).

È forse superfluo ricordare che questo elemento comune o intermedio (nel senso che intermedia e rende possibile la comparazione) è il cosiddetto *tertium comparationis*.

Tertium comparationis, espressione latina che significa letteralmente "il terzo (elemento) della comparazione" è un concetto della teoria generale della comparazione (non solo giuridica) ed è dunque la qualità che devono avere in comune due cose o due fatti affinché possano essere efficacemente confrontate. È l'elemento che ci offre la base per confrontare e che ci spinge a paragonare qualcuno o qualcosa a qualcun altro o a qualcos'altro. Ed è l'elemento che si deve sempre tenere presente, poiché ci rende consapevoli dei risultati che si intendono conseguire con la comparazione. Mettere a fuoco il *tertium comparationis* non è sempre facile, poiché molto spesso è implicito. Negli esempi che ho fatto, identificare il *tertium comparationis* è abbastanza semplice. Nell'esempio del confronto tra *Grundrechte* nell'ordinamento tedesco e i diritti fondamentali nell'ordinamento italiano, il *tertium comparationis* è il carattere fondamentale dei diritti e lo studioso sarà probabilmente interessato a individuare quali sono i tratti che ha o deve avere un diritto per essere qualificato come fondamentale in un determinato contesto culturale (ad esempio nel contesto europeo). Nell'esempio del paragone tra la mela e l'avocado il *tertium comparationis* è la nozione di frutto e lo studioso sarà probabilmente interessato ad approfondire un qualche aspetto dei frutti.

Nella letteratura, nella poesia, nei proverbi, il *tertium comparationis* è l'elemento che sta alla base di figure retoriche come le metafore e le similitudini.

Faccio due esempi di metafore.

Il primo esempio lo tratto dalla canzone composta da Elton John in occasione della morte della principessa Diana: “Arrivederci, rosa d’Inghilterra”. Oggetti di comparazione - che si conclude con un giudizio che identifica i due oggetti, trattandosi appunto di una metafora - sono Diana e la rosa. Lascio a voi di individuare il *tertium comparationis*. La bellezza? La delicatezza? Vedete che ci possono essere delle incertezze da risolvere in un modo o nell’altro, ciò che aiuta ad indagare la finalità poetica avuta di mira da Elton John. Nel primo caso, la finalità poetica è di elogiare la bellezza di Diana; nel secondo la delicatezza.

Il secondo esempio lo tratto da un proverbio inglese: “la necessità è la madre delle invenzioni”. Oggetti di confronto: il rapporto tra madre e figli, da un lato; il rapporto tra necessità e invenzioni scientifiche o tecniche, dall’altro lato. Il *tertium comparationis*: la qualità di un ente di generare un altro ente. In questo caso, la funzione della metafora è quello di sottolineare l’importanza delle necessità al fine di sollecitare lo spirito inventivo dell’essere umano.

Mi piace ripetere che svolgere questi esempi con la figura retorica della metafora mi serve per illustrare che rendere esplicito il *tertium comparationis* è utile per individuare lo scopo della comparazione.

Richiamo l’attenzione sul fatto che sto facendo una comparazione tra la comparazione giuridica e la metafora letteraria. Qual è il *tertium comparationis* in questo caso? Non è un gioco di parole affermare che qui il *tertium comparationis* è il *tertium comparationis*. In altri termini, il *tertium comparationis* è il concetto di *tertium comparationis*. Ciò aiuta ad individuare la funzione della comparazione tra le comparazioni giuridiche e le metafore o similitudini letterarie. Tale funzione è quella di chiarire il concetto del *tertium comparationis*. Con ciò si conferma la plausibilità di ciò che ho detto prima: il metodo è la strada mentre la si percorre. Ho parlato del metodo della comparazione applicando il metodo della comparazione.

La funzione della comparazione è stabilita di volta in volta da chi compara attraverso la determinazione del *tertium comparationis*.

Un altro aspetto interessante che si desume dal confronto tra comparazione giuridica e similitudini o metafore letterarie è il seguente. Per capire come funziona la comparazione giuridica è utile muovere da una riflessione sul *principio di identità*

(ricordate: Diana = rosa; necessità=madre). Quando si fa una comparazione giuridica, a differenza di quando si fa una metafora, si vogliono scoprire somiglianze e differenze tra due ordinamenti o istituti specifici, eccetera. Il proposito di individuare somiglianze e differenze assume che i due oggetti da paragonare non siano identici. Infatti, se due oggetti sono identici, tra i due non ci sono differenze (ma nemmeno somiglianze, poiché la somiglianza presuppone la non totale identità). Si apre così una prospettiva di ricerca in cui il cultore della comparazione giuridica deve dialogare con il filosofo teoretico, poiché è la filosofia teoretica che ha indagato fin dall'inizio il principio di identità.

Non posso svolgere il tema se non in altra sede. Sottopongo alla vostra discussione solo uno spunto frammentario. Tra le varie definizioni del concetto di identità, mi valgo di quella secondo cui l'identità può essere riconosciuta o costruita in base a criteri convenzionali.

Per altre definizioni, cfr. *Dizionario di filosofia*, a cura di N. ABBAGNANO e G. FORNERO, Torino, terza edizione, 2001, *ad vocem*, ove si ricorda che le altre principali definizioni di identità sono quella di Aristotele, che considera due enti come identici quando è una la loro sostanza e quella promossa da Leibniz, che considera due enti come identici quando possono essere sostituiti l'uno all'altro, mentre rimane intatta la verità di ciò in cui si dà la sostituzione. Per un'ampia discussione, cfr. anche *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu>, *ad vocem*. P. T. GEACH, *Identity*, in *The Review of Metaphysics*, 1967, p. 3 ss., p. 3.

In altre parole, ritengo che la nozione di identità sia eminentemente relativa. In particolare, quando si enuncia che “x è identico a y”, si sottintende che “x è il medesimo A che y”, dove A è un nome il cui significato si desume dal contesto (cfr. P. T. Geach, cit.). Un esempio di enunciato di identità è il seguente: “Carl Schmitt che presenta nel 1910 alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Strasburgo la tesi di dottorato dal titolo *Colpa e specie di colpa* (*Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Breslau, 1910) è il medesimo Carl Schmitt che nel 1934 pubblica l'articolo dal titolo *Il Führer tutela il diritto* (*Der Führer schützt das Recht*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, c. 945 ss.)

Per valutare se in questo esempio (un poco provocatorio, lo confesso) l'enunciato di identità sia vero, occorre individuare il *tertium comparationis*, che non è la qualità di essere umano di Carl Schmitt, bensì la sua qualità di giurista: si devono

discutere e indicare gli elementi della definizione del giurista che non devono variare nell'arco di tempo considerato (in questo caso, dal 1910 al 1934) affinché si possa continuare a predicare l'identità di giurista di Carl Schmitt nel 1910 e nel 1934. Si può evitare di scendere in ulteriori dettagli, poiché lo scopo dell'esemplificazione non era quello di definire il giurista, ma accennare in concreto al modo di impostazione corretto del problema della definizione del concetto di identità secondo il canone definitorio postulato, di cui – credo - si intuisca l'utilità nel campo del discorso che ho svolto sullo studio della comparazione giuridica come metodo.

Una conclusione (un poco criptica e sganciata dal contesto precedente, me ne rendo conto) che accenna una risposta al quesito (*e*), nonché al collegamento tra metodo e vita. Mi sono reso conto di quanto incisivamente le esperienze di vita dei giuristi condizionino l'oggetto dei loro studi e specialmente la loro capacità di comprendere ordinamenti diversi dai loro originari. Sono giunto alla conclusione di poter svolgere comparazioni solo tra quei sistemi giuridici appartenenti a società in cui sono vissuto per un significativo arco di tempo, come la Germania e gli Stati Uniti. In un certo senso, è un adattamento del pensiero di Giambattista Vico: *Verum = Factum*. Il comparatista può comparare solo ciò che fa nella sfera della sua vita, ma questo discorso dovrà essere approfondito in un'altra occasione. Lungi da me il sostenere che si tratta del miglior modo di fare comparazione giuridica. È solo il mio modo di farlo, da cui ho tratto altrove uno degli argomenti per trattenere le forme del diritto e le sfere della vita dei giuristi all'interno di un unico contesto discorsivo.

Grazie dell'attenzione.