

## Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato

Roberto Scarciglia

### Structuralism, Legal Formants and Comparative Public Law.

This Article analyses the structural comparativism and its implications for comparative public law. The term “structuralism” refers to various theories across the humanities, social sciences, and economics. When we refer to this approach, we focus on the structure and the relationship of the different components of legal institutions or “legal formants” existing within each legal system. The essay is divided into three parts. Part I analyses structuralism as a method. The structural comparison represents a methodological choice of theoretical nature and can be seen as a specialised application of functional comparison. Part II is devoted to the relationship between structuralism and legal science. Following the transformation of law in a structural way means doing multiple synchronous cuts, then comparing the systems. Finally, Part III highlights the development of structuralism in comparative private and public law, with particular attention to the dynamic approach.

**Keywords:** structuralism, legal formants, dynamic approach, comparative public law, methodological pluralism.

*Le structuraliste est nécessairement  
et par essence un comparatiste*

A.J. Arnaud, *Structuralisme et droit*,  
1968.

### 1. Premessa

Possiamo considerare il pluralismo metodologico come necessario alle ricerche comparative e allo studio di fenomeni complessi?<sup>1</sup> E, di conseguenza, ritenere utile per il comparatista valorizzare le interconnessioni che l’uso di metodi diversi produce? In che modo l’analisi strutturale si integra con altre scelte metodologiche di carattere teorico? Come si avrà modo di vedere nel prosieguo del saggio, «l’ambizione scientifica dello strutturalismo [...] è relazionale» e, da tale punto di vista, «non è solo il soggetto, ma i soggetti presi nella loro intersoggettività che si mettono in fila [...] e

---

<sup>1</sup> Sul pluralismo metodologico, ex *multiis*, cfr. M.-C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l’enquête comparative à l’heure de la globalisation*, in questa *Rivista*, n. 1, 2017, pp. 53-68; S.C. Symeonides, *Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, part. pp. 145 ss.; E.U. Petersmann, *Methodological Pluralism and its Critics in International Economic Law Research*, in *EUI Law*, 2012/18, pp. 1-20; R. Scarciglia, *Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age*, in *Beijing Law Review*, n. 6, 2015, pp. 42-48; Idem, *Methodological Pluralism and Legal Comparison*, in R. Scarciglia and W. Menski (eds.), *Islamic Symbols in European Courts*, Cedam-Kluwer, 2014, pp. 21-34; R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, pp. 266-277; L. Zucca, *Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law*, in *Eur. Const. Law Rev.*, vol. V, n. 3, 2009, pp. 481-500.

modellano il loro stesso essere sul momento della catena significante che li percorre»<sup>2</sup>. La molteplicità degli approcci metodologici, sia qualitativi che quantitativi, rappresenta un punto d'incontro, e un'occasione di collaborazione, fra studiosi appartenenti ad aree disciplinari e a tradizioni giuridiche diverse<sup>3</sup>.

Da questo angolo visuale, può essere più facile per l'interprete intuire il delinarsi di gerarchie, unità di posizione, e limiti, di un certo ordine relazionale fra variabili<sup>4</sup>. Il concetto di "variabile", come anche quello di "invariante", è strettamente collegato all'analisi strutturale nelle scienze sociali<sup>5</sup> e non soltanto nella comparazione giuridica. La scelta dei metodi da seguire nella ricerca dipende per il comparatista non solo dagli obiettivi che intende raggiungere, ma anche dalla sua capacità di astrarre forme invarianti, come anche di eliminare le variabili non necessarie dal suo campo di indagine, anche riformulandone lo schema comparativo. Il pluralismo metodologico, valorizzando più metodi di indagine – fra cui, l'analisi strutturale – favorisce il raggiungimento di questo obiettivo<sup>6</sup>, evitando di commettere gli errori in agguato nella comparazione "superficiale"<sup>7</sup>.

Seguire questa strada significa necessariamente rivedere idealtipi e stilemi sui quali ci si è progressivamente formati, fatti di concetti e valori spesso derivati dalle sole esperienze a carattere nazionale<sup>8</sup>, quando non anche da preconetti teorici. Se la complessità rappresenta, infatti, sul piano generale, un elemento della struttura degli ordinamenti giuridici<sup>9</sup>, problemi complessi si pongono sul piano dell'approccio strutturalista relativamente alle trasformazioni e alle forme di transizione da una struttura all'altra, che investono ordinamenti giuridici, regole, istituti<sup>10</sup>. La formazione del giurista sembra, attualmente, indirizzarsi in questa direzione, come scritti recenti mettono in luce<sup>11</sup>.

Il saggio è strutturato in tre parti principali: a) lo strutturalismo come metodo; b) lo strutturalismo e la scienza giuridica; c) lo strutturalismo e il diritto comparato, in cui è dedicato uno spazio significativo alla "teoria dei formanti", come anche al suo crescente utilizzo nel campo del diritto pubblico comparato. Le conclusioni cui il saggio perviene confermano lo sviluppo del pluralismo metodologico per la comparazione giuridica nel diritto pubblico.

---

<sup>2</sup> Cfr. G. Deleuze, *A quoi reconnaît-on le structuralisme ?*, in F. Châtelet, *Histoire de la philosophie VIII. Le XXe siècle*, Hachette, Paris, 295 ss., trad. it. *Lo strutturalismo*, SE, Milano, 2004, p. 21, il quale richiama le parole di J. Lacan, *Écrits*, Seuil, Paris, t. 1, 1966, p. 30.

<sup>3</sup> A. Riles, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, p. 777.

<sup>4</sup> G. Deleuze, *A quoi reconnaît-on le structuralisme?*, cit., p. 25. Sull'equivalenza di variabili, v. C. Rovelli, *L'ordine del tempo*, Adelphi, Milano, 2017, p. 103, secondo cui: «[a]bbiamo bisogno, se vogliamo fare scienza, di una teoria che ci dica come cambiano le variabili l'una rispetto all'altra».

<sup>5</sup> V., ad esempio, R. Nozick, *Invariances: The Structure of the Objective World*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2001; trad. it. *Invarianze. La struttura del mondo oggettivo*, Fazi Editore, Roma, 2003. Nel campo giuspubblicistico, resta fondamentale la riflessione di M.S. Giannini sulle "invarianti", in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 29 ss.

<sup>6</sup> V. T. Groppi and M.-C. Ponthoreau, *Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication?*, in T. Groppi and M.-C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford University Press, Oxford and Portland OR, 2013, p. 8; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Kluwer, Milano Assago, 2016, p. 69.

<sup>7</sup> Sul punto v. G. Samuel, *Comparative Law and the Courts: What Counts as Comparative Law?*, in M. Andenas and D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, p. 61 s.

<sup>8</sup> Come osserva M.-C. Ponthoreau, «[l]a comparaison juridique entre donc en conflit avec cette conception du droit qui repose sur l'autorité formelle du droit», in *Le pluralisme méthodologique*, cit., p. 55.

<sup>9</sup> O. Pfersmann, *Ontological and epistemological complexity in comparative constitutional law*, in A. Bakardjieva Engelbrekt and J. Nergelius (eds.), *New Directions in Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 86.

<sup>10</sup> Cfr. P.G. Monateri, *Legal Formants and Competitive Models: Understanding Comparative Law from Legal Process to Critique in Cross-System Legal Analysis* (2008), consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1317302> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317302>.

<sup>11</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, pp. 1-20; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, part. pp. 11 ss.; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit.

## 2. Lo strutturalismo come metodo

Lo “strutturalismo” come metodo si afferma in varie scienze a partire dal primo Novecento, sul presupposto che ogni oggetto di studio possa identificarsi con una “struttura”. L’approccio strutturale rappresenta anche per il comparatista soltanto una delle opzioni di carattere teorico utilizzate nelle sue indagini. Non c’è dunque da meravigliarsi se «[u]no scienziato che sia interessato ad avere un contenuto empirico il più esteso possibile, e che desideri comprendere il maggior numero possibile di aspetti della sua teoria, adotterà perciò una metodologia pluralistica, confronterà teorie con altre teorie, anziché con l’ “esperienza”, con i “dati” o “fatti” e cercherà di perfezionare anziché rifiutare le opinioni che appaiono uscite sconfitte dalla competizione»<sup>12</sup>. In tale prospettiva, l’utilizzo del metodo strutturale potrebbe rivelare elementi nell’analisi comparativa che tendono a sfuggire all’approccio funzionale o a quello critico, come nel caso in cui lo studio della struttura disveli interconnessioni fra elementi e modelli che caratterizzano le relazioni fra ordinamenti giuridici diversi<sup>13</sup>.

Il concetto di “struttura”, pur essendo fra i più importanti nelle scienze sociali, è anche fra quelli più oscuri, presentando connotazioni diverse a seconda degli autori che lo hanno utilizzato con successo nelle scienze sociali<sup>14</sup>, e, di conseguenza, caratterizzandosi non solo per un’intenzione scientifica comune all’insieme delle scienze umane, ma anche per sfumature diverse al variare dei contesti<sup>15</sup>. Come osserva, in proposito, Raymond Boudon, «la nozione di struttura, in generale, è associata ad un certo numero di altre nozioni, partendo dalle quali si suole definirla. Chi dice struttura vuol dire sistema, coerenza, totalità, dipendenza delle parti dal tutto, sistema di rapporti, totalità non riducibile alla somma delle sue parti»<sup>16</sup>. Sulla base di questa considerazione, possiamo, in via stipulativa, definire la struttura come un insieme organico i cui elementi non hanno valore funzionale autonomo ma lo assumono nelle relazioni oppostive e distintive di ciascun elemento rispetto a tutti gli altri dell’insieme.

Gilles Deleuze, nel suo saggio sullo strutturalismo, pubblicato nel 1973, si chiedeva che cosa fosse contenuto nella “struttura”, mettendo in luce come in essa coesistessero «tutti gli elementi, i rapporti e i valori dei rapporti, tutte le singolarità proprie al dominio considerato». E, di conseguenza, «[u]na tale coesistenza non implica nessuna confusione, nessuna indeterminazione: sono rapporti e elementi differenziali che coesistono in un tutto perfettamente e completamente determinato»<sup>17</sup>.

Molti studiosi hanno studiato lo strutturalismo, o, ancor meglio, il “campo strutturalista”<sup>18</sup> in campi scientifici diversi: da Ferdinand de Saussure (1857-1913) a Émile Benveniste (1902-1976), da Roman Jakobson (1896-1982) a Noam Chomsky nella linguistica e a Claude Lévi-Strauss (1908-2009) in antropologia<sup>19</sup>, da Jacques Lacan (1901-1981) in psicoanalisi a Jean Piaget (1896-1980) in psicologia e Louis Althusser (1918-1990) e Michel Foucault (1926-1984)<sup>20</sup> in filosofia, sino alla

---

<sup>12</sup> P.K. Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*. New Left Books, London and New York, 1975, trad. it. *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 40. V. anche H.P. Glenn, *Against Method?*, in M. Adams and D. Heirbaut, *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart Publishing, Oxford and Portland OR, 2015, pp. 177-188.

<sup>13</sup> Cfr. G. Samuel, *Comparative Law and the Courts*, cit., p. 61.

<sup>14</sup> V. J. Viet, *Les methodes structuralistes dans le sciences sociales*, Mouton, Paris, 1965.

<sup>15</sup> R. Boudon, *A quoi sert la notion de «Structure»?*, Editions Gallimard, Paris, trad. it. *Strutturalismo e scienze umane*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1970, p. 31.

<sup>16</sup> Idem, p. 15.

<sup>17</sup> G. Deleuze, *A quoi reconnaît-on le structuralisme ?*, in F. Châtelet, *Histoire de la philosophie VIII. Le XXe siècle*, Hachette, Paris, 295 ss., trad. it. *Lo strutturalismo*, SE, Milano, 2004, p. 32.

<sup>18</sup> L’espressione è di A.-J. Arnaud, *Structuralisme et droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, n. 13, 1968, p. 285.

<sup>19</sup> Cl. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Plon, Paris, 1958.

<sup>20</sup> M. Foucault, *Les mots et les choses*, Éditions Gallimard, Paris; trad. it. *Le parole e le cose. Un’archeologia delle scienze umane*, Rizzoli Editore, Milano, 1967.

semiologia di Roland Barthes (1915-1980)<sup>21</sup>, per fare alcuni esempi. Sul piano metodologico, tuttavia, le origini dello strutturalismo possono rinvenirsi nel formalismo sovietico in letteratura, le cui idee erano state fatte proprie da Ferdinand de Saussure e Roman Jakobson nella linguistica, suscitando appassionati dibattiti scientifici a partire dagli anni '50<sup>22</sup>. C'è da chiedersi, con le parole di Leibniz, relative alla geometria analitica di Cartesio, se non si tratti di un prodotto del loro genio, piuttosto che la conseguenza del metodo utilizzato.

Come osservava Arnaud, obiettivo primario degli strutturalisti era quello di creare un modello teorico basato sul principio della "intelligibilità strutturale" di un fatto, determinato dai rapporti di analogia e di differenza attraverso cui era possibile isolare le variabili costitutive dei modelli<sup>23</sup>.

### 3. Lo strutturalismo e la scienza giuridica

A differenza degli strutturalisti che non si sono tendenzialmente interessati ai fenomeni giuridici, i giuristi se ne sono, invece, occupati, in primo luogo chiedendosi se l'applicazione della metodologia strutturale presenta qualche utilità sul piano del diritto<sup>24</sup>. Da tale punto di vista, la teoria è stata coltivata già all'inizio del ventesimo secolo da studiosi, che potrebbero definirsi pre-strutturalisti, come, ad esempio, Giuseppe Mazzarella, che pubblicò, in un breve lasso di tempo, *Gli elementi irriducibili dei sistemi giuridici* (1918-1920) e *Le unità elementari del diritto* (1922), ma anche, successivamente, da studiosi che avevano circoscritto le loro analisi al concetto di struttura, come Jean Carbonnier, con il breve saggio *Les structures en droit privé*<sup>25</sup>, e M. Jean Ray che dirigeva la sua analisi alla struttura logica del Codice civile francese<sup>26</sup>.

Anche in epoca successiva, emergeva la mancanza di una metodologia strutturalistica<sup>27</sup>, come negli studi di André Mathiot, con *Le mot "structure" en droit public*<sup>28</sup>, e di Hans Kelsen, definito in campo giuridico uno strutturalista *ante litteram*, per aver sostenuto nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* la determinazione della struttura del diritto e delle sue forme tipiche «indipendentemente dal contenuto variabile che presenta in epoche diverse e fra i diversi popoli».

Fra gli studiosi che si sono occupati della struttura del diritto fornendone, invece, una definizione tecnica, è doveroso ricordare Vittorio Frosini, che, in una delle sue opere più importanti, *La struttura del diritto* del 1962, definiva il diritto come "morfologia della prassi", e cioè come «complesso di strutture in cui si attua l'alienazione dell'azione della volontà dell'agente [...], è indicativa di tutta una nuova problematica dell'esperienza giuridica, sollecitata da una nuova impostazione metodologica dell'indagine [...]; giacché considerare il diritto come un complesso di strutture dell'azione, ognuna delle quali viene così a costituire un rapporto dinamico fra i diversi elementi, una successione coerente fra diverse fasi di sviluppo»<sup>29</sup>.

L'idea che lo strutturalismo sia il metodo da sempre utilizzato negli studi giuridici è presente nel saggio di Giorgio Ghezzi, del 1966, *A proposito di «strutturalismo» e di metodo dell'indagine giuridica*, in cui egli metteva in evidenza che «[i]n certe condizioni, è proprio nel rispetto del

<sup>21</sup> Cfr. R. Barthes, *The Structuralist Activity*, in H. Adams (ed.), *Critical Theory Since Plato*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1971, pp. 1128-1130.

<sup>22</sup> A.-J. Arnaud, *Structuralisme et droit*, cit., p. 286.

<sup>23</sup> *Idem*, p. p. 287, 288.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 284.

<sup>25</sup> J. Carbonnier, *Les structures en droit privé*, in R. Bastide (ed.), *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales*, Mouton & Co., 's Gravenhage, 1962, pp. 72 ss.

<sup>26</sup> M.J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Librairie Félix Alcan, 1926.

<sup>27</sup> M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1968, vol. I, 31; v. anche il vol. III, *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, e, in particolare, il Capitolo II, *Strutturalismo e diritto*, pp. 118-192.

<sup>28</sup> A. Mathiot, *Le mot "structure" en droit public*, in R. Bastide (ed.), *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales*, Mouton & Co., 's Gravenhage, 1962, pp. 76 ss.

<sup>29</sup> V. Frosini, *La struttura del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, 17; è stata consultata anche la III edizione del 1971, in cui è ripubblicato il saggio "Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea", già in XXXVI, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, pp. 167-176.

principio strutturalista che lo studio del diritto è solito trovare, al livello dell'impegno metodologico, almeno una componente riconoscibile della sua scientificità.» A promuovere l'utilizzo del metodo strutturale in campo giuridico, hanno contribuito altri studiosi come André-Jean Arnaud, che in *Structuralisme et droit* del 1968, metteva in evidenza che «[s]eguire le trasformazioni del diritto in maniera strutturale significa praticare tagli sincronici a più riprese, per confrontare poi i sistemi. In essi, ogni elemento assolve a una funzione; e il cambiamento di funzione deve permettere di inferire la trasformazione dei sistemi. Un elemento può scomparire lasciando la sua funzione a un altro. Però può anche continuare ad esistere con una diversa funzione. Soltanto l'approccio strutturale permette un'analisi di questo genere.» Funzionalismo e strutturalismo sembrano intrecciarsi nella tesi di Arnaud, mettendo in evidenza come il pluralismo metodologico abbia sempre rappresentato una significativa tendenza nell'analisi giuridica, soprattutto a carattere comparativo. Questo intreccio è visibile nella teoria dell'approccio dinamico e nello sviluppo del concetto di “formanti legali”.

#### 4. Lo strutturalismo e il diritto comparato

Attraverso la comparazione strutturale, lo studioso ricerca elementi simili, per identificare le funzioni socio-giuridiche che questi elementi svolgono negli ordinamenti giuridici oggetto di indagine, come hanno avuto origine, e in che modo gli stessi hanno assunto la forma in cui il ricercatore li individua. L'idea di struttura – come anche di “architettura giuridica”<sup>30</sup> – fa venire in mente l'esempio delle fibre riportato da Wittgenstein nelle *Ricerche filosofiche*, in cui egli afferma che un concetto cresce, come accade quando «nel tessere un filo, intrecciamo fibra con fibra. E la robustezza del filo non è data dal fatto che una fibra corre per tutta la sua lunghezza, ma dal sovrapporsi di molte fibre, una all'altra»<sup>31</sup>.

Tuttavia, questo tipo di analisi presenta all'interprete alcune difficoltà che non sono sempre e facilmente superabili, in particolar modo per il problema della comunicazione, del dialogo – ma anche delle differenze fra sistemi giuridici – come espressione dei limiti intrinseci relativi alle strutture giuridiche nel diritto comparato<sup>32</sup>. Se prendiamo, ad esempio, la comunicazione fra un sistema *x* e un sistema *y* di giustizia costituzionale, non è importante dimostrare una semplice comunicazione fra i due ordinamenti, ma piuttosto la presenza di condizioni che la rendono possibile<sup>33</sup>. Ciò impone in molti casi l'utilizzo di alternative metodologiche, rispetto alla sola comparazione strutturale, come, ad esempio, l'approccio funzionale, quello critico o sistemico<sup>34</sup>. Rispetto all'approccio funzionale<sup>35</sup>, la comparazione strutturale può ritenersi un'applicazione specifica del primo<sup>36</sup>, necessaria ad apprendere le differenze strutturali presenti all'interno degli

<sup>30</sup> Cfr. J. Husa, *A New Introduction of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2015, p. 127.

<sup>31</sup> L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Oxford, 1953; trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1999, n. 67. Per la differenza fra “struttura” e “strutturalismo”, v. F. Remotti, voce “Strutturalismo”, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1998, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/strutturalismo\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/strutturalismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/).

<sup>32</sup> P. Richard, *Le jeu de la différence. «Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé»*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2007. Su questo punto, si rinvia anche a J. Samuel, *All that heaven allows: are transnational codes a 'scientific truth' or are they just a form of elegant 'pastiche'?*, in P.G. Monateri, *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, part. pp. 162-173.

<sup>33</sup> P. Richard, *Le jeu de la différence*, cit., pp. 30-31, il quale osserva: «[d]ire la différence entre les objets juridiques, c'est donc ouvrir le système des différences qui constituent le champ symbolique du droit dans sa structure différencielle effective, laquelle démontre que l'unité du droit est la structure même de la pure différence».

<sup>34</sup> J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 117 ss.; v. anche R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 100.

<sup>35</sup> Sull'approccio funzionale la bibliografia è molto vasta, v. R. Michaels, *The Functionalist Method of Comparative Law*, in M. Reimann M. and R. Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2006, pp. 339-382; M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, pp. 100-127.

<sup>36</sup> Cfr. J. Husa, *A New Introduction of Comparative Law*, cit., p. 128.

ordinamenti giuridici stranieri. Se consideriamo che il diritto comparato mette in luce la natura complessa di ciò che consideriamo unitario, anche la struttura della differenza o della variabile potrebbe presentare un carattere unitario<sup>37</sup>.

L'analisi strutturale va ad esaminare le architetture legali, per utilizzare un'espressione di Jaakko Husa, in cui sono state costruite regole, soluzioni, codici, istituti. Queste architetture sono diverse l'una dall'altra, con la conseguenza che «all'interno di contesti contenuti in architetture e culture giuridiche differenti» possono essere create, ad esempio, regole o anche codificazioni differenti. L'immagine del caleidoscopio testimonia le innumerevoli combinazioni che possono formarsi all'interno di queste architetture, come anche i cerchi prodotti dalla limatura di ferro su un foglio di carta. Come più autori hanno sottolineato, la comparazione strutturale è strettamente collegata a quella funzionale, sia in posizione antagonista, che di applicazione specifica o ancora come «comparazione che unisce»<sup>38</sup>.

Questo approccio metodologico consente sia di definire sintonie e dissonanze nelle partizioni del diritto all'interno degli ordinamenti che si comparano come anche, a livello di micro-comparazione, il significato specifico di un termine all'interno di un ordinamento. Ad esempio, il termine «*contrat*» presuppone l'esistenza di una «*cause*», identificata come la funzione economico-sociale oppure lo scopo del contratto, a differenza della lingua inglese in cui il termine «*contract*» si riferisce al solo scambio di prestazioni a titolo oneroso. Per tale ragione, non è possibile tradurre la parola inglese «*contract*» con il termine francese «*contrat*», essendo il primo termine di contenuto più limitato rispetto al secondo. Analogamente potrebbe valere per il *trust* o gli *administrative tribunals* nel Regno Unito e in altri ordinamenti, oppure ancora per la parola «*jurisprudence*» negli ordinamenti di *civil* e *common law*.

Prendiamo, ad esempio, la giustizia costituzionale. I fattori che sono caratteristici di un sistema di giustizia costituzionale si compongono e si ricompongono, producendo risultati diversi da un punto di vista dinamico. Le matrici comuni si stabiliscono secondo orientamenti individuali e mutevoli, talvolta orientati alla difesa delle libertà fondamentali, talvolta all'equilibrio del potere fra i vari organi dello Stato, evidenziando le difficoltà del comparatista di descrivere un sistema di giustizia costituzionale inquadrandolo in categorie teoriche. La presenza di elementi comuni, o l'elaborazione teorica di macro-modelli, ad esempio, di revisione costituzionale, non esclude, tuttavia, l'esistenza di altri modelli dotati del carattere di unicità.

Il tema della comparabilità strutturale è stato oggetto di ampio dibattito a proposito degli ordinamenti socialisti e quelli occidentali, ma lo stesso potrebbe valere per gli ordinamenti asiatici e il concetto di comparabilità è messo a dura prova se l'oggetto di studio sono i diritti umani, la protezione della proprietà privata o ancora i rapporti familiari nelle tradizioni giuridiche islamiche o ebraiche e il diritto occidentale. Come più volte è stato sottolineato in tempi recenti dopo il crollo del muro di Berlino nel 1989, gli ordinamenti socialisti sono diventati laboratori per la comparazione giuridica, dopo l'abbandono della ideologia marxista-leninista<sup>39</sup>. L'ambito di indagine in cui è utilizzata la comparazione strutturale può riguardare oggetti che sono poco presenti negli studi comparativi, come accade se si fa riferimento alla cultura giuridica da cui hanno avuto origine. Le ipotesi di comparazione fra istituti tipici del diritto occidentale e del diritto asiatico, come anche dei diritti a matrice religiosa, proprio per la loro profonda diversità, possono essere agevolate dall'approccio strutturale, soprattutto quando le strutture analizzate sono somiglianti ma diverse<sup>40</sup>. Un esempio può essere dato dallo studio *Interpreting Precedents*, in cui si

---

<sup>37</sup> P. Richard, *Le jeu de la différence*, cit., p. 31, che richiama per analogia il pensiero di Frege nella costruzione del concetto di numero.

<sup>38</sup> A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 15.

<sup>39</sup> Cfr. D.J. Galligan and M. Kurkchian (eds.), *Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2003.

<sup>40</sup> Per un'analisi della struttura del diritto islamico, si rinvia a J.M. Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries*, Leiden University Press, Leiden, 2008.

pone la questione del continuum dei precedenti e della loro validità in rapporto al diverso peso delle culture giuridiche e dei contesti costituzionali in cui sono stati introdotti<sup>41</sup>.

#### 4.1. L'approccio dinamico e la teoria dei formanti

Sul piano della scienza giuridica comparatistica, il contributo più importante, a cavallo fra funzionalismo e strutturalismo, è stato dato da Rodolfo Sacco, attraverso la teoria dei formanti, tratta dalla linguistica dove è utilizzato l'approccio strutturalista. La prima versione della teoria è contenuta nel Rapporto nazionale italiano al IX Congresso internazionale di diritto comparato, tenutosi a Teheran nel 1974 e, in particolare, nel saggio *Le buts et les methodes de la comparaison du droit*, dove Sacco definisce "componenti" (*composants*) i diversi insiemi di regole facenti parte di un ordinamento nazionale<sup>42</sup>. Come osserva Mattei, studiando la reciproca influenza fra Rudolf B. Schlesinger e Rodolfo Sacco, la comparazione strutturale costituisce un approccio del diritto comparato che si focalizza sulla struttura e le relazioni fra componenti giuridiche diverse degli istituti giuridici, definite "*legal formants*". Questa teoria può essere interpretata – secondo Mattei – come uno sviluppo postmoderno europeo del percorso tracciato da Schlesinger e dal realismo giuridico americano<sup>43</sup>. Schlesinger realizzò un monumentale progetto – il *Cornell Common Core Project* – durato dieci anni e condotto presso la Law School della Cornell University, che aveva come oggetto la ricerca di un "*common ground, un common core*" nel diritto dei contratti nei principali sistemi giuridici del mondo<sup>44</sup>. La ricerca, pubblicata nel 1968, costituisce una pietra miliare per il diritto comparato e un punto di riferimento per molti *legal scholars*<sup>45</sup>, oltretutto la base di importanti progetti scientifici, sia nel campo del diritto privato che del diritto pubblico<sup>46</sup>.

La teoria dei formanti ha avuto diffusione in tutto il mondo dopo la pubblicazione della traduzione da parte di James Gordley apparsa in due parti sull'*American Journal of Comparative Law* soltanto nel 1991, con il titolo *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, nella traduzione di James Gordley. Apparsa nel 1991, sull'*American Journal of Comparative Law*, con il titolo *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*<sup>47</sup>.

Inizialmente sono stati gli studiosi di diritto privato ad occuparsi di formanti. I pubblicisti, superate le prime iniziali resistenze – che, tuttora permangono, in qualche misura, sul piano epistemologico, fra i più solidi sostenitori del normativismo – hanno fatto proprio, o almeno riconosciuto il valore dell'approccio dinamico, accanto ad altri metodi, in una prospettiva sempre più orientata al pluralismo metodologico<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> N. MacCormick, R.S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Ashgate, Abingdon, Oxon, and New York, 1997, richiamato da J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., p. 130.

<sup>42</sup> R. Sacco, *Les buts et les methods*, cit., p. 121.

<sup>43</sup> U. Mattei, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland OR, 2001, p. 238.

<sup>44</sup> V. R.B. Schlesinger (gen. ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Voll. I-II, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, and Stevens & Sons, London, 1968.

<sup>45</sup> V. ex multiis M. Bussani and U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, in *Columbia Journal of International Law*, vol. 3, 1997, pp. 339-355; D.J. Gerber, *The Common Core of European Private Law: The Projects and Its Books*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, pp. 995-1001; E. Özücü, *A Project: Comparative Law in Action*, in E. Özücü and D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Hart, Oxford, 2007, pp. 435-436; U. Mattei, T. Ruskola and A. Gidi, *Schlesinger Comparative Law*, 7th ed., Foundation Press, New York, 2009, pp. 98-100; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 31-33.

<sup>46</sup> Il riferimento è ai progetti *The Common Core Project of European Administrative Law*, diretto da Ugo Mattei e Mauro Bussani (v. <http://www.common-core.org/>) e *The Common Core Project of European Administrative Law*, diretto da Giacinto della Cananea e Mauro Bussani (v. <https://www.openaire.eu>).

<sup>47</sup> R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, Install. I-II, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 1-134, 343-401.

<sup>48</sup> Fra i comparatisti che si sono occupati del metodo strutturale nella manualistica, o in specifici studi, cfr. ex multiis P.G. Monateri and R. Sacco, *Legal Formants*, in J. Eatwell et al. (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Stockton Press, London and New York, 1998, 2, pp. 531-533; R. Scarciglia, *Introduzione al*

L'espressione "formanti", utilizzata nella fonetica per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico, corrisponde a un concetto giuridico da tempo conosciuto nel diritto comparato, con cui si suole indicare l'insieme di regole di diritto e proposizioni che sono alla base della soluzione di un problema o della disciplina di un istituto o di un fenomeno giuridico, in un ordinamento dato e in un determinato momento storico<sup>49</sup>. Anche se conosciamo soltanto alcune delle componenti di un ordinamento giuridico – quelle che, nel lessico del giurista, sono definite "i formanti principali", come la legge, la giurisprudenza e la dottrina – le stesse possono essere un numero indefinito, e di esse si potrà parlare in connessione con qualche loro proprietà definita, che il comparatista ha il compito di scoprire, anche attraverso l'ausilio di altre scienze. Sul valore da attribuirsi ai singoli formanti, la dottrina tende a una diversa valutazione a seconda che si tratti del diritto privato o del diritto pubblico. Per quanto riguarda la dottrina privatistica, la tesi predominante è che tutti i formanti abbiano pari importanza e che spetti al comparatista l'accertamento attraverso una metodologia scientifica della validità dei formanti, per i quali egli non dovrebbe nutrire alcun tipo di preferenza, tanto nella interezza del formante, quanto negli elementi che trova all'interno di un formante dato<sup>50</sup>.

Con riferimento al diritto pubblico e, in modo particolare, al diritto costituzionale, se, da una parte, la comparazione ha assunto caratteri diversi rispetto a quella svolta in ambito privatistico, occupandosi la prima dell'organizzazione del potere e la seconda di istituti giuridici riguardanti soggetti, dall'altra, gli studi comparatistici, – ad eccezione di alcune opere monografiche soprattutto sui temi della costituzione, della forma di stato e di governo, della giustizia costituzionale – sono stati condotti con una limitata attenzione per la sistematicità, escludendo, peraltro, tendenzialmente gli ordinamenti e gli istituti diversi da quelli di democrazia liberale<sup>51</sup>.

La ricerca di regole e proposizioni all'interno degli ordinamenti postula l'idea che per comprendere un determinato fenomeno giuridico non sia più sufficiente l'occhio esperto del giurista su una norma costituzionale o legislativa. Ad esempio, il riconoscimento in un testo costituzionale della libertà di informazione – in un paese in cui e da poco tempo in vigore una nuova costituzione, una diversa forma di stato o vi sia un periodo di transizione costituzionale – non implica necessariamente che vi sia corrispondenza fra i principi e il funzionamento in concreto delle regole c.d. operazionali.

In proposito, è opportuno ricordare che il procedimento di "scomposizione dei formanti" è operazione complessa, proprio perché questi ultimi tendono a combinarsi fra di loro, ma anche a scomporsi all'interno di un determinato diritto. L'analisi delle strutture, delle relazioni che fra le stesse intercorrono, e delle loro trasformazioni, rappresentano una condizione necessaria per affrontare una indagine comparativa efficace sul piano dei risultati. Le strutture possono, a loro volta, essere divise in sub-strutture la cui indagine diviene ancora maggiormente complessa e rende necessaria la scomposizione degli stessi formanti. Questa operazione avviene sincreticamente ed è compito del comparatista accertare se le dissociazioni avvengano secondo linee prevedibili e razionalmente spiegabili. Il "gioco" dei formanti escluderebbe che il ricercatore possa fidarsi di informazioni generalizzanti – anche se provenienti da rapporti ufficiali (parlamento, governo, organi sopranazionali) – o anche da indagini solo formalmente di carattere comparativo. Ma

---

*diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 56-68; P. Richard, *Le jeu de la différence. «Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé»*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2007, pp. 16 ss.; R. Scarciglia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dyckinson, Madrid, 2011, pp. 116-128; G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2014, pp. 96-107; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014; J. Husa, *A New Introduction of Comparative Law*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2015, pp. 127-133; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 11-14.

<sup>49</sup> R. Sacco, *Les buts et les methods*, cit., p. 119.

<sup>50</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, V<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 1992, p. 49.

<sup>51</sup> G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Cedam, Padova, 2014, p. 3.



possiamo essere sicuri che ciò non accada al giurista che poco conosce i formanti di un altro ordinamento o che si trovi in presenza di formanti che non sono presenti nell'ordinamento a lui noto? I processi di scomposizione possono riguardare una dissociazione fra declamazioni e regole operazionali. In tali ipotesi, può accadere che si producano delle “sineddoche”, che consistono nella constatazione empirica di una dissociazione fra formule declamatorie e regole operazionali<sup>52</sup>.

Alla teoria sono state rivolte alcune critiche che, qui, saranno brevemente accennate, prima di affrontarne la prospettiva nel diritto pubblico comparato<sup>53</sup>. In primo luogo, essa presenterebbe difetti analoghi al formalismo giuridico che intenderebbe combattere, trascurando la storia e, di conseguenza, «svalutare il contesto entro cui sono inseriti gli oggetti» dell'analisi comparativa. In proposito, richiamando Gino Gorla, possiamo ritenere che il comparatista guarda istintivamente con gli occhi di uno storico al di là di ogni forma di concettualizzazione o classificazione, con libertà e senza pregiudizi, sia che si tratti dello studio del diritto interno, come di quello straniero.

Sempre più il distacco da una visione etnocentrica del diritto e l'emergere di uno spazio giuridico globale mettono in luce come il rapporto del comparatista con la storia rappresenti una sfida per l'analisi di temi complessi, in una prospettiva sempre più aperta alla comparazione verticale e al pluralismo metodologico<sup>54</sup>. Tuttavia, se riteniamo che le strutture che animano gli ordinamenti giuridici si presentano costanti nel tempo, si potrebbe essere portati a ritenere che le stesse possano sopravvivere in condizioni economiche, sociali e politiche differenti, e, allo stesso tempo, riflettere, in modo adeguato, il sistema di potere o il sistema economico sottostante. Questa prospettiva, impone al comparatista di fare delle scelte fra comparazione imparziale, neutra, e comparazione impegnata (definita anche ideologica)<sup>55</sup>. Può esserci una intersezione, “un terzo spazio” fra le due posizioni? Ciò dipende evidentemente dalle finalità che il ricercatore intende perseguire con la sua ricerca, che avrà una diversa caratterizzazione se finalizzata, ad esempio, alla conoscenza oppure a fornire soluzioni al legislatore. Il *Cornell Common Core Project* ideato da Schlesinger, e gli altri progetti che ne sono seguiti, testimoniano l'importanza per i comparatisti di questo spazio di analisi e della metodologia di ricerca.

## 5. Profili di diritto pubblico comparato

Come osserva Marie-Claire Ponthoreau, la teoria dei formanti ha avuto seguito anche fra gli studiosi del diritto pubblico a partire dalla fine degli anni Novanta, in un periodo storico in cui, in una prospettiva transnazionale, eteronome sfere di normatività hanno iniziato ad intrecciarsi fra loro, riemergeva l'interesse per il metodo storico e il pluralismo giuridico e metodologico, e tradizioni giuridiche e culturali non occidentali divenivano con sempre maggiore frequenza oggetto di studio fra i comparatisti<sup>56</sup>. Proprio l'approccio pluralistico ha favorito il superamento della tendenza contrastiva fra metodi diversi – nonché il loro uso esclusivo – consentendo, ad esempio, di andare oltre la limitazione della scelta fra funzionalismo o strutturalismo, che poteva rappresentare anche una scelta di tipo ideologico, come accade, talvolta, nel dibattito scientifico fra giuristi.

---

<sup>52</sup> P.G. Monateri, Voce “Sineddoche”, in *Digesto italiano. Discipline privatistiche*», V<sup>a</sup> ed., vol. XVIII, Torino, pp. 524-526.

<sup>53</sup> A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 151.

<sup>54</sup> B. Fassbender and A. Peters, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2013, p. 1.

<sup>55</sup> A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 151.

<sup>56</sup> M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 122. Fra i contributi della dottrina giuspubblicistica di adesione alla teoria dei formanti, cfr. R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit., pp. 56-68; L. Pegoraro e A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013; e recentemente L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 11-14.

La tesi del pluralismo metodologico interagisce positivamente con tutte le partizioni del diritto che si sviluppano attraverso la comparazione. Per il diritto costituzionale, osserva Vicki Jackson che le metodologie variano esattamente come avviene in generale per il diritto comparato e che differenti opzioni metodologiche possono essere utilizzate in relazione alle finalità dell'analisi<sup>57</sup>.

Il metodo strutturale è stato utilizzato nel diritto costituzionale, in particolar modo nel campo dell'interpretazione<sup>58</sup>, e nel diritto amministrativo<sup>59</sup>, soprattutto dopo l'affermarsi della teoria dei formanti e l'utilizzo di più opzioni metodologiche. La scelta di questa opzione nel diritto costituzionale consente di mettere in luce come le singole componenti dei sistemi giuridici non si pongano sullo stesso piano, e soltanto una di esse viene elevata a "categoria della comparazione", finendo col prevalere<sup>60</sup>, in un ordine relazionale che sta all'interprete disvelare<sup>61</sup>. Tuttavia, non è possibile individuare all'interno di un sistema giuridico un criterio che consenta di stabilire quale è la posizione reciproca dei formanti, la loro «coerenza di opposizione» e, dunque, le ragioni della prevalenza<sup>62</sup>.

Si può ritenere che nella fase iniziale di un'analisi comparatistica – a qualunque partizione del diritto possa riferirsi – sia difficile stabilire con immediatezza le relazioni fra i singoli formanti o parti di essi, concentrandosi piuttosto l'attenzione del ricercatore, in via preliminare, sull'esistenza di formanti piuttosto che sulla loro importanza. Inoltre, la individuazione dei formanti dipende, in buona misura, non soltanto dalla capacità di percezione, dall'abilità linguistica e dalla sensibilità comparatistica del ricercatore, ma anche dagli obiettivi che il medesimo si prefigge attraverso la comparazione<sup>63</sup>. Nel campo del diritto pubblico, molti temi sono stati studiati con approccio strutturalista e interdisciplinare, come i principi costituzionali, il federalismo o la giustizia costituzionale. Se prendiamo, ad esempio, i modelli di base delle costituzioni, e le relative classificazioni, il loro studio ci consentirà di metterne in luce la struttura, le differenze e le invarianti. Ad esempio, le distinzioni fra costituzioni scritte e non scritte, rigide e flessibili, monarchiche e repubblicane, federali e unitarie, etc., mettono in luce le alternative di base della disciplina costituzionale e «che raramente si materializzano come tali nei sistemi giuridici»<sup>64</sup>. Ciò implica per il comparatista di avere a disposizione una base concettuale più solida per meglio analizzare sul piano comparativo le fonti che caratterizzano le strutture portanti degli ordinamenti giuridici stranieri. Tuttavia, le comparazioni costituzionali non sempre vengono svolte con il metodo dell'inferenza, partendo dalle strutture e dalle relazioni create dalle costituzioni in tutte o in alcune sue parti essenziali<sup>65</sup>.

Prendiamo come esempio la comparazione fra due diversi sistemi di giustizia costituzionale, identificheremo con l'insieme  $z$  e l'insieme  $a$ . Possiamo ritenere che gli elementi di cui è composto l'insieme  $z$  ( $x, x^1, x^2$ ) appartengono all'ordinamento giuridico  $Z$  ( $x, x^1, x^2 \in Z$ ), ma ciò non significa che gli elementi del sistema della giustizia costituzionale dell'ordinamento  $A$  ( $g, g^1, g^2$ ), che appartengono al Paese  $A$  ( $g, g^1, g^2 \in A$ ), dovrebbero essere uguali o equivalenti a quelli dell'ordinamento  $Z$  ( $\{g, g^1, g^2\} = \{x, x^1, x^2\}$ ). È più probabile che solo alcuni di questi elementi siano uguali o equivalenti, e devono essere, in ogni caso, interpretati secondo il metodo o i metodi utilizzati nell'ordinamento cui il termine da comparare appartiene. Se, tuttavia, questo problema

---

<sup>57</sup> V.C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfeld and A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, p. 54.

<sup>58</sup> S.A. Barber and J.E. Fleming, *Structuralism*, in *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2007, pp. 117-134.

<sup>59</sup> P. Craig, *Structuralism and Administrative Law*, 2017, in corso di pubblicazione.

<sup>60</sup> G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 64.

<sup>61</sup> Sul punto v. le considerazioni di C. Rovelli, *L'ordine del tempo*, cit., p. 103.

<sup>62</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 46.

<sup>63</sup> B.E. Harcourt, *An Answer to the Question: What Is Poststructuralism?*, in [http://ssrn.com/abstract\\_id=970348](http://ssrn.com/abstract_id=970348).

<sup>64</sup> Cfr. J. Husa, *A New Introduction of Comparative Law*, cit., p. 129.

<sup>65</sup> C.L. Black Jr., *Structures and Relationship in Constitutional Law*, The Colonial Press Inc., Clinton, Mass., 1969, p. 7. Sulle strutture nella Costituzione USA, v. le decisioni della Corte Suprema: *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819), *Crandall v. Nevada* 73 U.S. 35 (1868) o la più recente *Carrington v. Rush*, 380 U.S. 89 (1965).

non è seriamente affrontato la comparazione può portare a risultati anche fuorvianti. Del resto, la conoscenza di un ordinamento costituzionale che sia prevalentemente basata sulla dottrina o sulla giurisprudenza non implica di per sé che il ricercatore colga le relazioni fra strutture e i meccanismi di trasformazione delle relazioni stesse, come accadrebbe con l'utilizzo da un approccio metodologico pluralista.

Le relazioni fra strutture appartenenti a ordinamenti diversi possono essere facilitate dalla creazione di regole di integrazione. Ad esempio, se un sistema  $Y$  integra gli enunciati  $x_1$  e  $x_2$ , provenienti dal sistema  $X$ , e gli enunciati  $z_1$  e  $z_2$ , provenienti dal sistema  $Z$ , gli enunciati medesimi ( $x_1, x_2, z_1$  e  $z_2$ ), sono validi nella misura in cui siano stati integrati nel sistema  $Y$ . Fino al momento in cui tale integrazione non interviene  $x_1, x_2, z_1$  e  $z_2$  non appartengono all'insieme  $Y$  e non sono validi, mentre successivamente tali elementi potranno fare parte dell'insieme  $Y$  ( $x_1, x_2 \in Y$ ), in quanto divenuti regole del sistema integrante. Le regole di integrazione fra strutture appartenenti a ordinamenti giuridici diversi possono presentare un grado di complessità piuttosto elevato, che potrebbe necessitare per la sua comprensione l'apporto di più studiosi anche appartenenti ad aree disciplinari diverse e di differenti nazionalità. In tale prospettiva, è condivisibile l'idea che qualunque attività di comparazione, che cerca di indagare la cultura e la mentalità dell'altro avrebbe, quindi, per sua natura una vocazione interdisciplinare<sup>66</sup>. Questa interdisciplinarietà, che è legata all'analisi critica del diritto non implica, tuttavia, sostituzione dei metodi utilizzati nell'approccio comparativo sino al ventesimo secolo, quanto piuttosto la loro integrazione con nuovi approcci e il confronto all'interno e all'esterno della disciplina.

Un altro profilo di indagine riguarda la presenza di elementi determinanti e variabili nell'analisi strutturale. Su questo punto, richiamando la riflessione di Quine, anche se riferite alle forme linguistiche, possiamo ritenere che non vi siano in assoluto due oggetti di analisi completamente simili. Ciò che conta realmente è la somiglianza negli aspetti rilevanti dei due oggetti<sup>67</sup> e nelle loro trasformazioni.

Prendiamo ancora ad esempio la giustizia costituzionale, considerando che, nonostante significative differenze, quasi tutti i Paesi del mondo hanno istituito un giudice di legittimità delle leggi. I fattori che sono caratteristici di un sistema di giustizia costituzionale – come pezzi di un caleidoscopio – si compongono e si ricompongono, producendo risultati diversi da un punto di vista dinamico. Le matrici comuni si stabiliscono secondo orientamenti individuali e mutevoli, talvolta orientati alla difesa delle libertà fondamentali, talvolta all'equilibrio del potere fra i vari organi dello Stato, evidenziando le difficoltà del comparatista di descrivere un sistema di giustizia costituzionale inquadrandolo in categorie teoriche. La presenza di elementi comuni, o l'elaborazione teorica di macro-modelli, ad esempio, di revisione costituzionale, non esclude, tuttavia, l'esistenza di altri modelli dotati del carattere di unicità.

## 6. Conclusioni

Per concludere vorrei soltanto mettere in evidenza che l'approccio strutturale è soltanto uno dei metodi che il comparatista utilizza. Si può essere evidentemente a favore o contro un metodo, per usare una espressione di Feyerabend, ma, senza dubbio, i risultati che il comparatista raggiunge in molti casi costituiscono una sorta di cartina di tornasole della bontà dei metodi scelti e utilizzati in

---

<sup>66</sup> Cfr. G. Samuel, *All that heaven allows: are transnational codes a 'scientific truth' or are they just a form of elegant 'pastiche'?*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p.190; Idem, *Methodology in Law and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*, in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline*, Oxford University Press, Oxford and Portland OR., p. 37; A.M. Glendon, P.G. Carozza and C:B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, 3rd ed., 2008, Thomson/West, St. Paul, Min.

<sup>67</sup> W.O. Quine, *From a Logical Point of View: Nine Logico-Philosophical Essays*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1953, trad. it. *Da un punto di vista logico. Saggi logico-filosofici*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1984, p. 22.

rapporto alle finalità dell'agire comparativo. Il dibattito sul metodo può assumere sfaccettature variegata ove le analisi comparative provengano da realtà che si inseriscono in tradizioni legali di diversa matrice, da quella americana a quella europea, da quella islamica a quella asiatica, in cui le strutture di cui sono fatti gli istituti giuridici assumono sfumature diverse al variare dei contesti.

Non sorprende, dunque, che vi possa essere una “*sliding scale of methods*”, che il ricercatore può utilizzare, tenendo in tal modo conto sia del ruolo centrale svolto dal metodo funzionale, e da quello strutturale, ma anche dagli altri approcci metodologici di carattere teorico, come quello sistematico e critico<sup>68</sup>. Alcune delle ragioni alla base di una necessaria apertura intellettuale al pluralismo metodologico, e all'interdisciplinarietà, sono illustrate da Annelise Riles e possono essere contestualizzate dalla presenza di “segni” identificativi di una riconciliazione fra gli studi comparativi e i *socio-legal studies*<sup>69</sup>. Da tale angolo visuale, la ricerca di una intersezione nella prospettiva, ad esempio, della *histoire croisée*, non vuole essere finalizzata alla comparazione che unisce, né a quella che divide, ma a quella che comunica, alla ricerca delle componenti strutturali degli istituti giuridici – che si decide di indagare – per valorizzare, in particolar modo le differenze, attraverso meccanismi decostruttivi/ricostruttivi.

Riappropriarsi concettualmente della visione gorliana dei “mondi comunicanti” – e delle “strutture comunicanti” che vi appartengono – rappresenta, senza dubbio, una sfida intellettuale per i comparatisti di questo nuovo secolo. Attraverso l'analisi strutturale, in uno spazio che comporta tante direzioni quanti sono gli ordini di struttura, la percezione del ricercatore può in astratto delineare gerarchie, unità di posizione, e limiti, di un ordine relazionale fra variabili. Così, in conclusione, citando Deleuze, possiamo meglio comprendere che «[fra p]ensatori molto differenti, e di generazioni differenti, taluni hanno esercitato su altri un'influenza reale. Ma il fatto più importante è l'estrema diversità dei domini che esplorano. Ciascuno ritrova problemi, metodi, soluzioni che hanno rapporti d'analogia, come partecipassero di un'aria libera del tempo, di uno spirito del tempo, che tuttavia si misura dalle scoperte e creazioni singolari in ognuno di questi domini»<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. V.V. Palmer, *From Lertholy to Lando: Some examples of Comparative Law Methodology*, in *Global Jurist Frontiers*, vol. 4, 2, 2004, p. 2.

<sup>69</sup> A. Riles, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, cit., p. 775.

<sup>70</sup> G. Deleuze, *A quoi reconnaît-on le structuralisme*, cit., p. 11.