

7- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

7-Schema 2 per lezione 16-10-2020

Le funzioni pratiche

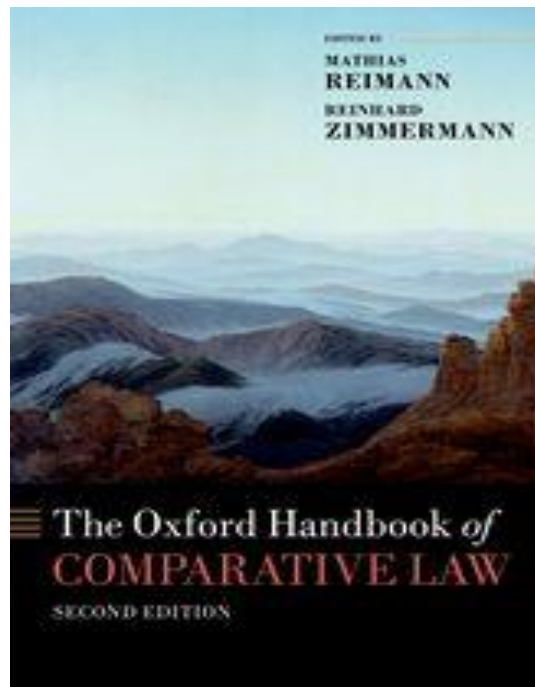
Il **CONFRONTO DELLA DOTTRINA** con modelli provenienti da diritti stranieri rappresenta una tratto costante nell'attività dei comparatisti

Ma anche dei cultori del diritto interno e svolge le medesime funzioni di

informazione, di orientamento e di controllo che svolge, anche, il giudice.

La dottrina comparatistica italiana

- Nell'Oxford Handbook of Comparative Law, 2^a ed., nel capitolo sul **diritto comparato in Italia**, sono citati 27 volumi, fra cui i due testi consigliati per l'esame.



Le funzioni pratiche

d1) La comparazione è, talvolta, ritenuta

strumento di ausilio alla

**ELABORAZIONE DI TRATTATI E CONVENZIONI
INTERNAZIONALI**

La relazione fra comparazione giuridica e diritto internazionale era stata messa in luce da Rabel (1874-1955), con riferimento al diritto internazionale privato,

il quale aveva sostenuto che la qualificazione di un istituto dovesse essere fondata **non sulla lex fori** – la regola vigente in un determinato ordinamento giuridico – ma attraverso **il suo studio nella prospettiva comparatistica.**

Le funzioni pratiche

per quanto riguarda l'elaborazione di trattati, appare difficile conciliare, all'interno di negoziati, nozioni appartenenti a **ordinamenti eterogenei**, in cui si parlano lingue diverse,

«il pericolo delle discordanze occulte è maggiore allorché i trattati riguardano istituti che contengono **clausole generali** le quali possono condurre a conseguenze non volute dai contraenti»
(CONSTANTINESCO)

La comparazione è di ausilio nei trattati internazionali in materia finanziaria, di imposizione fiscale, tributaria, ma anche per la definizione di istituti civilistici, come i contratti, le successioni, ecc., oppure in materia penale.

Le funzioni pratiche

e1) Altre funzioni pratiche della comparazione sono quelle di **ARMONIZZAZIONE E UNIFICAZIONE**. Si traducono nella semplificazione o nella eliminazione di differenze fra ordinamenti, e variano da forme di coordinamento sino a una vera e propria riduzione ad unità

Il principio di armonizzazione ha origini molte più antiche rispetto al tema dell'integrazione europea del XX secolo,

il diritto romano e l'unificazione delle regole del commercio in gran parte dell'impero.

La rinascita del diritto romano in Europa occidentale e centrale nel corso dei secoli XI e XII è stata influenzata anche dall'idea di un unico modello commerciale.

Le funzioni pratiche

Il “**diritto comune**” del Quattrocento, del Cinquecento e del Seicento si è caratterizzato per il suo insegnamento universitario comune a tutta l’Europa,

conosciuto e divulgato letterariamente in una lingua universale, il latino, e ciò contribuì a rafforzare la tendenza all’unificazione degli ordinamenti giuridici europei

Le funzioni pratiche

L'uso della lingua



e la comune formazione

metodologica, raggiunta con gli studi preparatori universitari, fecero sì che anche l'insegnamento del diritto nell'Europa centrale e occidentale avesse caratteri omogenei.

Per avere un nuovo *ius commune* si è dovuto attendere, tuttavia, il processo di unificazione europea.

Le funzioni pratiche

f1) Altra funzione, forse la più importante, della comparazione giuridica è quella di **INTERPRETAZIONE**

La metodologia comparativa è utilizzata per **l'interpretazione sistematica** degli istituti giuridici, soprattutto da parte delle corti costituzionali, oltre che della giurisdizione ordinaria.

La principale dottrina ritiene importante l'uso del diritto comparato per l'interpretazione, al punto da considerarlo **un vero e proprio metodo interpretativo**, accanto a quello letterale, sistematico, storico e teleologico (PFERSMANN)

le funzioni pratiche

La comparazione può consentire, infatti, di raggiungere il **livello più profondo dell'interpretazione**, dilatando le opzioni argomentative del giudice ed ampliando il raggio delle esperienze che egli prende in considerazione di fronte ad «alternative di decisione», utilizzando la comparazione come strumento dell'argomentazione.

In tale prospettiva, appare strutturale il problema dei **legami fra lingua e interpretazione**.

La conoscenza della lingua è indispensabile, per il comparatista, al fine di procedere all'interpretazione di enunciati i quali esprimono le proposizioni normative di cui è costituito un ordinamento



Le funzioni pratiche

Tali enunciati vengono analizzati dall'interprete non solo da un punto di vista sintattico e semantico, ma anche

in relazione ai destinatari di quell'enunciato e al contesto in cui è stato prodotto, alla competenza linguistica si affianca la **competenza pragmatica (o comunicativa)**, che consente di entrare più a fondo nella vita sociale e politica di un Paese, meglio comprendendone le strutture giuridiche.

In tale prospettiva assume rilievo la **traduzione giuridica** e i problemi che la stessa pone



Le altre funzioni della comparazione

Ci sono altre funzioni della comparazione?

Accanto alle funzioni tipiche si è fatto riferimento, in dottrina, alla c.d. alla “**funzione sovversiva**” del diritto comparato.

Questa espressione è stata utilizzata verso la fine del XX secolo, da due studiosi del diritto comparato – l'americano Fletcher e la francese Muir-Watt) per indicare concetti diversi.

Nel primo saggio, quello di Fletcher, il termine è stato utilizzato in forma generica, con riferimento alle decisioni delle Corti di *Equity* di ribaltare atti normativi provenienti dal Parlamento inglese.

La funzione sovversiva

Partendo dal dibattito fra Hobbes e Coke, e, dunque, fra positivismo e antipositivismo, Fletcher richiama le <<**subversive tendencies of legal scholars**>>

sfociate negli anni '30 con gli scritti dei teorici realisti Frank, Lewellyn, T. Arnold, che hanno suscitato nei comparatisti opinioni contrastanti

Nel secondo saggio, quello di Miur-Watt, il riferimento alla funzione sovversiva deriva dalla considerazione che **il diritto civile francese abbia esaurito la sua carica vitale** e non sia più la fertile fucina di teorie che avevano caratterizzato il prestigio dell'esperienza francese, per ridurre la propria vocazione teorica al commento dei provvedimenti normativi.

La funzione sovversiva

In particolare, l'elemento di "sovversione" contenuto nella comparazione sta nella sua capacità <<di **revocare in dubbio la legittimità intellettuale delle tassonomie e dell'usuale bagaglio argomentativo delle dottrine nazionali**, riaprendo un dibattito sopito lungo l'arco del XX secolo bloccando lo sviluppo dottrinale delle esperienze giuridiche di *civil law*>> (GAMBARO)