

METODI E COMPARAZIONE GIURIDICA

Come si può definire il diritto comparato?

L'espressione "*diritto comparato*" è stata spesso riferita a una disciplina "oscura", una sorta di mare sconfinato.

Più recentemente è stato definito

"come uno speciale campo degli studi giuridici, dinamico e aperto all'innovazione e non ancorato a uno specifico approccio di ricerca che caratterizza una disciplina del diritto".

Sin dalle origini, il termine si è prestato ad **ambiguità** interpretative e diversamente non poteva essere se consideriamo il lungo dibattito che è seguito alla sua fondazione fra i sostenitori del diritto comparato come metodo oppure come scienza e che ancora oggi divide gli studiosi della materia.

Nella sua attuale fase di sviluppo all'inizio del XXI secolo, si può essere senz'altro d'accordo con gli autori i quali sostengono che **il diritto comparato può considerarsi una disciplina scientifica**.

A molta distanza dalla creazione delle prime cattedre di *Législation Comparée* a Parigi nel 1832

di *Historical and Comparative Jurisprudence* a Oxford nel 1869,

la comune conoscenza comparatistica è cresciuta al punto da divenire **disciplina scientifica**.

Il diritto comparato è stato legato, soprattutto, alla **esperienza giuridica occidentale**, non potendosi rinvenire in tempi non recenti una definizione formale e istituzionalizzata in Paesi di altra tradizione culturale.

Questa incerta **definizione** ricomprende, in generale, ambiti scientifici diversi.

Se si osservano altri sistemi giuridici, è possibile cogliere **ambiti concettuali diversi**, a seconda che si proceda a una descrizione a carattere generale di questi sistemi oppure si stabiliscano ambiti rispettivi di regole da comparare o, ancora, si ricerchino soluzioni per risolvere problemi giuridici in ordinamenti con caratteristiche diverse, anche analizzandone i profili diacronici o, per usare una nota espressione, **l'evoluzione genetica**

Le prospettive di studio possono essere, dunque, diverse, ma, in ogni caso, separando il piano descrittivo, da quello applicativo, emerge come

il diritto comparato rappresenti qualcosa di diverso e più ampio della descrizione del diritto di uno o più ordinamenti stranieri,

sebbene senza lo studio del diritto straniero mancherebbero i presupposti per svolgere una qualunque analisi comparativa.

Utilizzando una nota espressione, si potrebbe dire che **il comparatista sta al diritto straniero come il direttore d'orchestra sta all'orchestra, non si può essere l'uno senza studiare (o essere stato) il secondo**

La espressione “*diritto comparato*”, in molte occasioni, è utilizzata, tuttavia, in maniera impropria, confondendola con quella di “**diritto straniero**” – che si riferisce, invece, allo studio di un ordinamento giuridico non noto, di un altro Paese –, con la conseguenza di definire opere di diritto comparato, scritti che in realtà non lo sono e talvolta privi di metodologia comparatistica.

Lo studio del diritto straniero *tout court*, circoscrivendo l'ambito degli interessi di ricerca, dei problemi ed **escludendo, sovente, il metodo comparatistico**, è suscettivo di operare *ambiguità* anche con riferimento ai libri e agli insegnamenti comparatistici, ma anche a scuole, istituti, corsi universitari di diritto straniero che si caratterizzano, talora, per «qualche cenno sparso di diritto comparato per suscitare emozioni o interessi comparatistici, o anche per lo più immediati e limitati interessi pratici»

Ciò comporta l'evidente rischio di attribuire, attraverso l'uso linguistico, significati diversi da quelli per cui le due espressioni, **diritto comparato (DC)** e **diritto straniero (DS)**,

sono state coniate.

A proposito del loro utilizzo linguistico –

DC=DS *versus* DC≠DS

è stato, tuttavia osservato «che nulla impedisce evidentemente di conferire l’etichetta “diritto comparato” a un corso oppure un’opera relativa al diritto spagnolo insegnato o pubblicato in Francia (o viceversa) a condizione che si riconosca esplicitamente che si tratta unicamente di un sinonimo rigoroso del termine “diritto straniero”;

da ciò deriverebbe la conseguenza che qualsiasi opera *straniera* diviene un’opera di *diritto comparato* non appena subisce una traslazione geografica. Ma su ciò **NON** possiamo in alcun modo convenire.

Per definire ulteriormente l’oggetto, possiamo rilevare che il diritto costituzionale (sia il diritto amministrativo, ove si consideri il più ampio ambito del diritto pubblico), si distingue da altre branche del diritto e, in modo particolare, dal diritto privato.

Il “**diritto costituzionale comparato**” presuppone che il diritto costituzionale abbia, in primo luogo, acquisito **autonomia** negli ordinamenti che si è scelto di comparare.

In generale, il diritto pubblico si è costruito nel corso dei secoli, con le intuizioni della scienza giuridica medievale, la progressiva specializzazione della

scienza delle leggi, attraverso processi di osmosi e di dissociazione fra *ius commune* e *ius proprium*, sulla scia del costituzionalismo anteriore alla Rivoluzione francese, degli sviluppi del dialogo *common law-civil law* e della scienza tedesca.

In particolare, nel passaggio dall'Antico regime alla Rivoluzione, l'affermazione del **principio di eguaglianza e della legge al centro del sistema dei diritti**, aveva favorito la nascita di un diritto pubblico europeo e la riconversione del sistema giuridico in un sistema di leggi.

I principali studi di *diritto costituzionale comparato* in Italia hanno riguardato temi quali la Costituzione e la sua revisione, le fonti, la forma di stato e di governo, i diritti fondamentali, la giustizia costituzionale,

Diritto comparato e altre scienze

Diversamente dagli studiosi di altre branche della scienza giuridica, in particolare da quelli di diritto interno, il comparatista si confronta con la pluralità delle esperienze

In primo luogo, infatti, il diritto comparato non coincide con la storia del diritto, anche se, a questo proposito, è bene chiarire subito che la comparazione può essere sia **sincronica** (quando si propone di confrontare due o più ordinamenti o istituti di una stessa epoca), sia **diacronica**, quando il confronto è

esteso a istituti e ordinamenti appartenenti a periodi diversi.

Lo **studio storico** è fondamentale per l'analisi finalizzata alla comparazione, poiché solo affondando le ricerche nella storia è possibile cogliere le radici di istituti e discipline, capire analogie e differenze.

Ma, appunto, una cosa è proporsi come finalità principale la conoscenza dell'evoluzione di un ordinamento o istituto), altra è servirsi di questa conoscenza per operare confronti.

Similmente, gli studi di **dottrine politiche** si rivelano quasi sempre utili, e spesso indispensabili, per la migliore comprensione dei fenomeni giuridici, come pure quello del **pensiero filosofico**, che non può però esaurire la ricerca comparatistica, la quale resta saldamente ancorata al diritto positivo e non si risolve in meta-ricerche che si propongono di operare l'esegesi del pensiero altrui.

Tanto meno il diritto pubblico comparato coincide con la **scienza politica**, nonostante che – specie nel settore delle forme di governo – esistano aree di sovrapposizione che inducono molti autori a dimenticarsene, anche se il loro intento è scrivere opere di diritto comparato. La scienza politica, infatti, nei settori di interesse comune non si pone quale oggetto di studio le norme, ma semmai i risultati che esse determinano: essa è una scienza dell'essere (**sein**) e non del dover essere (**sollen**), che utilizza il metodo empirico, disinteressandosi del rapporto tra

prescrizioni normative e loro concreta realizzazione, a vantaggio solo di questo secondo elemento.

Anche il diritto comparato fonda le proprie speculazioni sull'analisi degli ordinamenti (e quindi su fatti), e in particolare dei segni linguistici che ne determinano la struttura.

Nondimeno, proprio in quanto scienza giuridica, non è suo obiettivo primario studiare il funzionamento dei sistemi politici, bensì le strutture degli ordinamenti giuridici.

A sua volta però il comparatista non può limitare le proprie indagini al dato testuale, trascurando l'effettività delle norme (ad es., nello studiare la forma di governo tedesca, deve domandarsi non solo se è previsto, e come è disciplinato l'istituto della sfiducia costruttiva, ma anche se e quante volte e come esso ha trovato attuazione, soppesarne la funzionalità rispetto ai fini perseguiti dai *framers*, ecc.).

Il diritto comparato si differenzia altresì dalla **teoria generale del diritto**, la quale per forgiare le proprie costruzioni scientifiche non può non servirsi del diritto comparato, giacché le elaborazioni teoriche muovono dall'osservazione degli ordinamenti così come operano o hanno operato.

E il cui fine tuttavia non è quello di operare confronti, bensì di costituire una concettuologia comunque valida e applicabile.

Si osserva infatti che la teoria generale è tale se studia un solo ordinamento (o al più un gruppo di ordinamenti contigui). Si pensi ad es. alle elaborazioni teoriche dei concetti di fonte del diritto, di norma, di Stato, di scala gerarchica.

Che cosa si intende per comparazione giuridica?

La comparazione svolge lo scopo di dimostrare con sistematicità analogie e differenze fra fenomeni osservati e sviluppare e verificare ipotesi e teorie sulla loro relazione causale

Riprendiamo il concetto di **comparazione**

l'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti, che, se compiuta in modo sistematico secondo i canoni del metodo giuridico, assume le caratteristiche della disciplina scientifica

.
Nonostante i tratti comuni che caratterizzano le discipline giuridiche comparatistiche, vi sono delle peculiarità che connotano diversamente la comparazione nel campo del diritto pubblico – amministrativo, costituzionale e penale – da quella nel diritto privato, in cui possono essere ricompresi, fra gli altri, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto

societario, il diritto della concorrenza e il diritto del lavoro.

Nel primo caso, la comparazione ha per oggetto le relazioni fra i soggetti e i poteri pubblici – nonché la garanzia dei loro diritti fondamentali

Nel secondo, i rapporti individuali e l'autonomia privata.

Per quanto riguarda i **tratti comuni**, possiamo ricordare, ad esempio, i profili diacronici, le classificazioni, i metodi, le fonti costituzionali, la circolazione dei modelli e i trapianti.

Le diverse conoscenze **possono integrarsi** fra loro in una sorta di movimento circolatorio che, da una parte, rafforza le basi cognitive del singolo studioso e, dall'altra, risponde a quei processi di internazionalizzazione che attualmente caratterizzano il diritto.

Dopo aver affrontato il tema della comparazione sul piano della funzione (*perché comparare*) e dell'oggetto (*che cosa comparare*), sul piano del metodo (*come comparare*), ci sembra utile richiamare la distinzione

fra scelte metodologiche di natura tecnica e di natura teorica.

Appartengono alle prime le seguenti alternative:

- micro** e macro-comparazione,
- comparazione **longitudinale** e trasversale,

- comparazione **bilaterale** e plurilaterale,
- comparazione **orizzontale** e verticale,
- comparazione **monoculturale** e pluri-culturale.

Perché comparare?

Uno dei problemi affrontati nelle scienze sociali e, di conseguenza, nella studio del diritto, è quello della **funzione** svolta dalla comparazione:

perché comparare?

la comparazione giuridica è essenzialmente libera nei fini, quando attraverso di essa, si procede a realizzare un raffronto e una successiva valutazione di regole o istituti appartenenti a ordinamenti diversi.

Superare i limiti dell'ordinamento giuridico noto rappresenta un indubbio strumento di ampliamento delle conoscenze e una prospettiva privilegiata che consente di vedere,
dall'esterno,

le differenze sul piano storico fra gli ordinamenti oppure la relatività dell'interpretazione dei concetti giuridici, ma anche di comprendere culture e tradizioni giuridiche diverse e di sviluppare meccanismi di cooperazione internazionale e di integrazione.

Le funzioni della comparazione sono legate alle concrete finalità

che persegue chi la utilizza, analogamente a quanto accade per la scelta del metodo. In dottrina, è stata proposta l'ipotesi di analizzare le funzioni della comparazione distinguendo nettamente l'ipotesi della ricerca dottrinarica da quella legata all'esercizio di una pubblica funzione di normazione o di giurisdizione.

Pur riconoscendo la evidente utilità della classificazione, si ritiene, tuttavia, che queste limitazioni possano scontrarsi con uno dei principi alla base della comparazione che è proprio quello della **libertà dei fini**.

Possiamo classificare le funzioni della comparazione giuridica?

Una distinzione è relativa al carattere *integrativo* o *contrastivo* dell'interesse alla comparazione.

L'interesse a carattere *integrativo* si indirizza principalmente alla ricerca di analogie fra (s)oggetti di studio all'interno di due o più sistemi giuridici per costituirne un completamento. L'interesse a carattere *contrastivo* si manifesta nello studio delle differenze.

L'interesse integrativo è predominante in una delle funzioni pratiche della comparazione quella di **armonizzazione** e di **unificazione**.

In particolare, è definito di “**armonizzazione**” il processo coordinato di omogeneizzazione dei diritti statali, che consente di mantenerne il carattere individuale, pur condividendo caratteristiche comuni;

si parla, invece, di “**unificazione**” quando il processo di omogeneizzazione tende a essere il più completo possibile.

Questi processi riguardano gli ordinamenti statali a carattere unitario o composto (federale e regionale), i rapporti fra Stati disciplinati da convenzioni o affidati a organizzazioni internazionali.

Quali sono le funzioni teoriche?

Sotto il profilo teorico, fra le principali funzioni della comparazione giuridica, possono essere ricordate le seguenti:

- a) **la conoscenza;**
- b) **la migliore comprensione del diritto nazionale;**
- c) **l'educazione e la formazione del giurista.**

Quali sono le funzioni pratiche?

Delle funzioni pratiche si occupa la principale manualistica di diritto comparato.

Le principali possono considerarsi:

- a1) **l'ausilio alla politica legislativa e alla redazione dei testi normativi;**
- b1) **la preparazione di materiali per il giudice;**
- c1) **il confronto della dottrina con modelli provenienti da diritti stranieri;**
- d1) **la elaborazione di trattati e convenzioni internazionali;**

- e1) **la funzione di armonizzazione e unificazione;**
- f1) **la funzione di interpretazione.**