

Lezione Diritto costituzionale comparato 21 marzo 2017

CHE COSA SIGNIFICA “METODO”?

Il termine “metodo” deriva etimologicamente dal greco “*μέθοδος*” ed è composto dal prefisso *μετά* (dopo) e *hodós* (cammino)

indica

- un modo di procedere,
- una procedura razionale,
- un complesso organico di regole alla base di una attività umana,
- un sistema di classificazione.

Possiamo condividere la definizione del filosofo americano Justus Buchler (1914-1991), secondo cui il termine

«indica una qualsiasi procedura che applica un ordine razionale o modelli sistematici a diversi oggetti».

Con questa parola si possono indicare **TECNICHE CON CUI COMPARARE**, le quali hanno «ormai acquisito lo status di metodi caratterizzati da una propria autonomia,

possiamo distinguere comparazioni sul piano storico, funzionale, evolutivo, strutturale, tematico, empirico, statistico, quantitativo e tutte queste forme di comparare possono essere considerate in una prospettiva micro o macro-comparativa, tanto orizzontale quanto verticale» (PALMER)

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

METODO GIURIDICO E DIRITTO COMPARATO

qualunque scienza non può definirsi tale senza un metodo

il diritto comparato non può essere disgiunto dalla conoscenza e dalla applicazione di un metodo di indagine, che costituisce un elemento necessario per la determinazione di una autonoma disciplina.

La connessione fra **metodo, fini e contenuto di una ricerca** tenderebbe ad escludere che si possa determinare un metodo di indagine, prescindendone dall'oggetto e dai fini.

Il rapporto fra oggetto dell'indagine e metodo mette in evidenza talune peculiarità, soprattutto sul versante dei risultati della comparazione, che giustificano l'autonomia di singole discipline comparatistiche – diritto privato comparato, diritto pubblico comparato, diritto penale comparato, ecc.

Occorre, tuttavia, chiedersi se l'autonomia delle singole discipline e delle singole indagini comporti una valutazione soggettiva del metodo da parte del ricercatore, in relazione ai compiti che si è assegnato, oppure se sia possibile determinare aprioristicamente un metodo valido con carattere *erga omnes*.

Nel campo del diritto pubblico, e, segnatamente del **diritto costituzionale**, l'attenzione allo studio della parte metodologica è stata formalmente sviluppata dalla dottrina italiana soltanto in tempi recenti, anche per facilitarne l'apprendimento nelle aule universitarie.

Le ragioni possono essere ricercate nella circostanza che, per lungo tempo, le comparazioni sono state fatte per aree politico-istituzionali omogenee, soprattutto fra gli ordinamenti europei e quello degli Stati Uniti, improntati agli stilemi della democrazia liberale.

Peraltro, l'interesse per le questioni metodologiche relativamente alla comparazione nel campo del diritto pubblico, derivava, in qualche misura, dalla insufficienza delle classificazioni dei sistemi in famiglie

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

giuridiche, pensate sulla base del diritto privato, piuttosto che non nella prospettiva del diritto costituzionale o del diritto amministrativo e, anche per questa ragione, i principali studi di diritto comparato non si erano occupati di metodologia.

Fra i tanti interrogativi che avevano caratterizzato l'evoluzione del diritto comparato, uno riguardava l'esistenza di un **unico metodo oppure di diversi metodi per la comparazione**.

il dibattito scientifico si sta da tempo indirizzando verso un **pluralismo metodologico** e si debba parlare di metodi.

Per concludere su questo punto, la scelta di un approccio piuttosto che un altro spetta alla valutazione personale del ricercatore in relazione a obiettivi e oggetti da comparare e la bontà della scelta del metodo sarà strettamente legata ai «*risultati* che permetterà di conseguire e (d)ella *sede* in cui verrà impiegato».

SCELTE METODOLOGICHE

Le scelte metodologiche che precedono un'analisi comparativa possono appartenere a **due diverse tipologie**, entrambe necessarie:

le alternative possono essere di carattere tecnico oppure teorico.

Le prime sono in stretta connessione con i materiali di studio che il ricercatore acquisisce nella fase iniziale della conoscenza comparativa. Questi materiali sono, talvolta, di difficile dominio per la quantità e la facilità di acquisizione attraverso internet, le molteplici banche-dati, le comunicazioni che pervengono da comunità epistemiche che collegano telematicamente un numero sempre crescente di studiosi.

i materiali di prima acquisizione riguardano

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

documenti ufficiali,
atti normativi,
giurisprudenza,
studi di dottrina

e la loro scelta e selezione diviene strategica per la ricerca.

È evidente che queste scelte non sono irreversibili e le diverse tecniche possono essere utilizzate anche alternativamente.

Per quanto riguarda gli **approcci metodologici di carattere teorico**, è frequente che il ricercatore inizi a pensarci dopo l'acquisizione dei materiali, quando una iniziale idea progettuale abbia iniziato a formarsi.

Possiamo definire questi materiali come

“biopsie giuridico culturali” (*legal cultural biopsies*)

o **“istantanee”** (*snapshots*) degli ordinamenti giuridici scelti per l'analisi comparativa.

Ciò implica, evidentemente, che, come uno studente del primo anno dei corsi di medicina non sia in grado di fare una biopsia – che presuppone il prelievo di un organo o di un tessuto –, analogamente non si possa procedere a una efficace scelta metodologica senza un ragionevole bagaglio di conoscenze.

QUALI SONO LE SCELTE METODOLOGICHE DI CARATTERE TECNICO?

La risposta a questa domanda non può essere esaustiva e, di conseguenza, le indicazioni seguenti hanno un carattere

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

esemplificativo, anche se riguardano le principali opzioni utilizzate nelle analisi comparative.

Secondo una classificazione proposta da Husa, le alternative di carattere tecnico sono le seguenti:

- a) **micro/macro-comparazione;**
- b) **comparazione longitudinale/trasversale;**
- c) **comparazione bilaterale/ multilaterale;**
- d) **comparazione orizzontale/verticale;**
- e) **comparazione monoculturale/multiculturale.**

CHE DIFFERENZA C'È FRA MICRO E MACRO-COMPARAZIONE?

I termini di “*micro-comparazione*” e *macro-comparazione*”

sono strettamente collegati alle diverse modalità di svolgimento di una indagine comparativa.

Questa forma di classificazione non riguarda soltanto il diritto comparato, ma è presente, ad esempio, anche, nelle scienze economiche dove si distingue fra micro e macro-economia.

La “**micro-comparazione**” può essere utilizzata in ambiti molto vasti, in cui rientrano enunciati normativi, casi, soluzioni di problemi giuridici, precedenti giudiziari, istituti giuridici, etc. In buona sostanza, la maggior parte delle opere pubblicate che si auto-qualificano di “diritto comparato” hanno per oggetto temi micro-comparativi, in particolar modo in relazione al diritto privato, ma anche al diritto amministrativo e costituzionale

.

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

Per quanto riguarda, invece, **la macro-comparazione**, la stessa si concentra sui sistemi giuridici e sulle loro caratteristiche fondamentali, sulle tradizioni giuridiche e culturali.

Anche se il confine fra le due alternative di carattere tecnico è molto flessibile, un elemento che segna la differenza è sicuramente **l'elevato livello di astrazione** che caratterizza l'analisi comparativa, come accade, ad esempio, per la metodologia e le tecniche legislative o la costruzione di un sistema di fonti del diritto.

Fra i principali oggetti di analisi macro-comparativa, le classificazioni degli ordinamenti in **famiglie giuridiche** hanno assunto particolare importanza per gli studiosi del diritto comparato, sin dalle prime formulazioni teoriche conseguenti alla ricerca di elementi permanenti (o invarianti) e delle loro reciproche relazioni.

Storia, cultura e tradizioni hanno consentito forme di aggregazione come accade per gli insiemi matematici. È ben noto agli studenti che un insieme (in questo caso, possiamo considerare una famiglia giuridica) si può considerare ben definito se si è certi che un determinato elemento (in questo caso, un ordinamento) appartiene oppure no a quel determinato insieme.

In questa prospettiva, se

una famiglia giuridica (A) – rappresenta un insieme,
mentre (a), (b), (c) e altri Paesi (d , e , f , n) costituiscono i suoi elementi,

è possibile definire, nel modo seguente, la famiglia giuridica:

$A = \{a, b, c, d, e, f, \dots, n\}$.

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

Questo esempio può essere utile a spiegare come nella prospettiva macro-comparativa il termine “**famiglia giuridica**” è stato coniato per classificare gruppi di ordinamenti con caratteristiche comuni.

CHE COSA INTENDIAMO PER “FAMIGLIE GIURIDICHE?”

L’idea di famiglia giuridica contiene

“un’idea di rapporto storico fra i diversi sistemi giuridici”, in particolar modo, del continente europeo.

Dove nasce questa espressione? Il giurista francese Adhémar Esmein (1848-1913) la utilizzò durante il Congresso di Parigi del 1900, dove propose una

classificazione delle “*législations ou coutumes de différents peuples*” in **cinque famiglie**:

- a) **il gruppo latino**;
- b) **il gruppo germanico**;
- c) **il gruppo anglo-sassone**;
- d) **il gruppo slavo**;
- e) **il diritto musulmano**,

Questa classificazione, come le successive, manca, tuttavia, di un carattere omogeneo

analogamente alla proposizione del comparatista Sauser-Hall (1844-1966) del 1913, fondata sul concetto di razza, in cui si contrapponevano
i diritti degli Arian, dei Semiti, dei Mongoli
e dei popoli barbari (Africani e Melanesiani).

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

La successiva classificazione di René David (1906-1990) ricomprendeva **quattro famiglie**:

- romano-germanica,
- diritto dei Paesi socialisti,
- common law*,
- ordinamenti giuridici religiosi e tradizionali, come categoria residuale in cui sono ricompresi il diritto musulmano, il diritto dell'India, della Cina, del Giappone, dell'Africa e del Madagascar.

Il modello proposto da David, studiato da generazioni di studenti, non era immune da difetti, e, in particolar modo, dava «luogo a confusione per quanto riguarda le zone grigie da una categoria all'altra. Secondariamente, i raggruppamenti operati appaiono [...] imperfetti e incompleti, poiché furono interamente pensati sulla base del diritto privato, ignorando il diverso risultato ottenibile qualora fosse stato adottato come criterio ordinatore il diritto pubblico» (MARKESINIS)

Anche il modello proposto da Konrad Zweigert e Hein Kötz non diverge sostanzialmente da quello di David, in cui le famiglie dominanti – la romano-germanica, quella di common-law e di diritto socialista – sono centrali per delineare un modello.

Le più recenti proposte di classificazione tengono in considerazione alcuni presupposti necessari, come

- l'esistenza di ordinamenti giuridici misti,
- la quasi scomparsa del modello socialista
- l'emergere di forme crescenti di pluralismo,

ma, soprattutto, hanno in comune una proiezione verso il necessario superamento dell'idea che gli ordinamenti e le famiglie giuridiche rappresentino «entità statiche e isolate»

.

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

Al contrario, gli ordinamenti giuridici entrano, con sempre maggiore frequenza, in contatto con elementi esterni da cui sono “**contaminati**”

Questo è accaduto per tutti i sistemi europei e in altre parti del mondo dove il diritto comune si combina con la legge religiosa o il diritto consuetudinario indigena, come accade in paesi come India e Pakistan.

Per fare un esempio in relazione alle fonti del diritto, è stato recentemente sostenuto che le regole e le norme delle comunità musulmane in Inghilterra potrebbero formare un nuovo sistema di diritto – definito *Angrezi Shari'a* – in cui alcuni elementi del diritto inglese sul diritto di famiglia tendono a combinarsi con il diritto islamico osservato dai musulmani che vivono nel Regno Unito (MENSKI).

Tuttavia, tutte le forme di classificazione, tassonomie, raggruppamenti, etc. devono essere considerate con molta prudenza, sia perché le stesse scontano la formazione culturale di chi le propone (prevalentemente etnocentrica), sia per il fatto che la **rapida trasformazione** generata da fenomeni di carattere globale rende tali classificazioni obsolete e relative.

L'emergere di questi fenomeni e la circolazione dei valori delle diverse culture giuridiche, come la loro reciproca contaminazione, ha messo in luce l'importanza delle tradizioni giuridiche come concetto di base su cui possono ruotare gli strumenti di classificazione, che Patrick Glenn ha classificato in:

- a) **tradizione ctonia**;
- b) **talmudica**;
- c) **di civil law**;
- d) **islamica**;
- e) **di common law**;
- f) **hindu**;

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

g) asiatica.

Le reciproche intersezioni possono riguardare sia fattori comuni a singoli ordinamenti, quanto intersezioni fra famiglie.

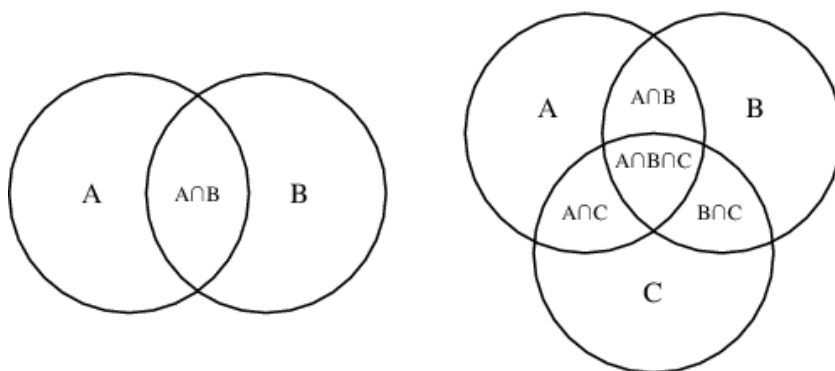
Non è raro che, ad esempio sul piano metodologico funzionale, possano rinvenirsi fattori, istituti, soluzioni comuni anche se appartenenti a **ordinamenti o a famiglie diverse**. Come si è già osservato, il concetto di insieme intersezione può essere utile per meglio comprendere analogie e differenze.

È possibile individuare un elemento in due insiemi – in questo caso, ad esempio, una regola, una procedura o un formante legale, comune a entrambi gli insiemi –, che potrebbe far parte di una intersezione tra i due insiemi ($I = A \cap B$), e ricomprendere altri elementi comuni ad A e B.

Questo concetto potrebbe essere spiegato attraverso il diagramma di Eulero-Venn, che consente di vedere le relazioni tra due o più insiemi e identificare similarità e differenze. Ciò, come si è detto prima, potrebbe valere sia per i singoli ordinamenti, o loro parti, ma anche per interi gruppi e famiglie.

Vediamolo sul piano grafico:

Lezione Diritto costituzionale comparato
14 marzo 2017



Il diagramma a sinistra consiste in due cerchi che si intersecano, producendo un totale di quattro aree: A, B, $A \cap B$ e $\emptyset$ (l'insieme vuoto, e cioè quel particolare insieme che non contiene alcun elemento).

In questo caso, $A \cap B$ indicano l'intersezione degli insiemi A e B. Il diagramma sulla destra è composto da tre cerchi che si intersecano simmetricamente e comprendono otto aree.

Le aree A, B e C consistono di parti che si trovano in un insieme e non in un altro, mentre le tre aree $A \cap B$, $A \cap C$ e $B \cap C$ consistono di parti che sono in due insiemi ma non nel terzo. E, infine, l'area $A \cap B \cap C$ comprende parti che sono simultaneamente in tutti gli insiemi, mentre nessuna area occupata rappresenta l'insieme $\emptyset$.

L'intersezione di differenti insiemi potrebbe graficamente rappresentare “una comune zona di impatto” in uno spazio giuridico a carattere globale.

Ciò, evidentemente, non esclude che uno o più sistemi giuridici possano non contenere (o contenere solo marginalmente) elementi comuni e, di conseguenza, gli insiemi presentano caratteristiche diverse, in opposizione alle classificazioni fin qui note. Se si potessero immaginare insiemi multipli e li si trasferisse in una immagine in bianco e nero, il negativo potrebbe rivelare una diversa mappa in cui il diritto oltre gli Stati potrebbe essere visibile.

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

IL TEMPO E LA COMPARAZIONE

La seconda delle scelte metodologiche di natura tecnica riguarda la dimensione del tempo nella comparazione.

COMPARAZIONE “*longitudinale*” e “*trasversale*”,

ma potremmo egualmente definire questo rapporto con il tempo, utilizzando l'espressione

“comparazione *sincronica*” e “comparazione *diacronica*”.

La **prima** è riferita a una comparazione che si svolge fra sistemi giuridici nel tempo presente,

mentre la seconda si sviluppa fra presente e passato, analizzando materiali che hanno validità giuridica attuale e materiali che hanno perduto questa forza.

La seconda prospettiva può essere spiegata utilizzando 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».

Henry Wigmore aveva distinto queste due prospettive, facendo riferimento alla

nomoscopia (*Comparative Nomoscopy*) – che consiste nella descrizione di due ordinamenti o loro parti –

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

alla nomogenetica (*Comparative Nomogenetics*), che ha per oggetto lo studio della evoluzione di regole, principi e dottrine e delle loro reciproche relazioni da una prospettiva diacronica e ontologica.

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.

Come si potrebbe comprendere appieno, ad esempio, il concetto di *Equity* o l'istituto del *Writ* senza conoscere la storia inglese?

Ancora, come sarebbe possibile analizzare sistemi giuridici c.d. di *mixed jurisdiction*, come, ad esempio, Israele, Puerto Rico o Cipro, senza conoscerne l'evoluzione storica?

la comparazione si distingue dalla storia del diritto, anche se ciò non esclude la loro contiguità.

Così come non si può conoscere del tutto un fatto storico senza porlo in relazione con altri, analogamente **non si può comprendere realmente ciascun termine della comparazione senza conoscerne la storia**, quando ciò risulti necessario per l'analisi comparativa. In questo ultimo caso, la connessione fra tempo e spazio del diritto appare ineludibile

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.

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

COMPARAZIONE BILATERALE E COMPARAZIONE MULTILATERALE

La comparazione presuppone che vi siano almeno due oggetti da prendere in considerazione: sistemi giuridici, regole, soluzioni, etc.

Si fa riferimento in questo caso al concetto di comparazione *bilaterale*, con cui si **intende la comparazione fra due, o pochi, ordinamenti giuridici** (c.d. “*small-N*” studies).

Questo approccio – che presenta l’indubbio vantaggio di limitare la quantità di materiali da ricercare e studiare – è stato definito anche *case-oriented* o qualitativo, è utilizzato nelle scienze sociali per lo studio di casi multipli, quantitativamente limitati, per esplorare gli effetti causali di variabili specifiche, comparando le relazioni fra variabili dipendenti e indipendenti.

Un esempio di questo approccio di natura tecnica può essere rinvenuto anche in prospettiva diacronica, ad esempio,

nello studio dell’impatto di riforme costituzionali o dell’introduzione del *judicial review* in Paesi di nuova democrazia dopo un certo avvenimento storico.

Il carattere induttivo del *case-oriented study* conduce il ricercatore a confrontarsi con le esperienze più antiche, “la legge dell’uomo primitivo”, analogamente allo studente che indaga le sedimentazioni dei casi nella *common law*.

Nella comparazione *multilaterale* – o *variable-oriented study* (o ancora “*large-N*” studies),– la ricerca investe, invece, un numero elevato di ordinamenti giuridici.

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

L'approccio quantitativo comporta inevitabilmente **una potenziale diminuzione della profondità della ricerca**, nonostante l'impiego di risorse, tempo e di un numero considerevole di ricercatori.

Un esempio di *variable-oriented study* è testimoniato dalle analisi condotte sull'uso di precedenti o citazioni di diritto straniero da parte delle corti sia nel campo del diritto commerciale e penale, come anche sul piano del diritto costituzionale.

L'estensione dell'ambito oggettivo dell'indagine potrebbe consigliare di utilizzare la c.d. tecnica del “*cluster*” (grappolo), raramente impiegata negli studi giuridici, con cui si divide un insieme di dati in sottogruppi (*clusters*), sulla base di somiglianze e differenze, sino a definire una gerarchia.

Da questo punto di vista, la conoscenza delle famiglie giuridiche può risultare molto utile, come le altre forme di classificazione, onde evitare che la ricerca si traduca in una lo studio rimane semplicemente come una descrizione organizzata di norme o altri dati formali.

Si è detto che gli oggetti della comparazione possono essere indefinibili e che sono in stretta relazione con gli interessi e le finalità che il ricercatore intende perseguire, ma anche con la profondità del suo essere comparatista (*deep vs. surface comparative law*). «In senso metaforico, la nostra mente accademica deve cercare di penetrare la superficie riflettente di un iceberg e cercare di cogliere ciò che sta sotto. Purtroppo questo rischio è molto più facile da definire a parole che in realtà da realizzare».

la scelta di utilizzare entrambi i metodi, quantitativo e qualitativo, può risultare utile per il buon esito di una ricerca comparativa.

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

COMPARAZIONE ORIZZONTALE E COMPARAZIONE VERTICALE

Per comparazione “**orizzontale**” si intende generalmente una analisi comparativa fra sistemi giuridici che si trovano al medesimo livello.

La comparazione classica è stata sovente caratterizzata da un confronto in prevalenza orizzontale –, fra singoli ordinamenti, famiglie di ordinamenti statali, regole o singoli istituti. Questo tipo di comparazione, talvolta, trascura l’esistenza di regimi regolatori a livello internazionale, l’imposizione da parte di soggetti ultra-statali di regole globali, come anche di principi e valori che incidono sugli ordinamenti domestici o che da questi potrebbero trarre matrici o fattori di sviluppo in ambito sovra o trans-nazionale.

È, senza dubbio, l’approccio più consueto fra i comparatisti che, tuttavia, può risultare inadeguata in presenza di sistemi giuridici che appartengono, sul piano qualitativo, a diversi livelli o alla contemporanea presenza, in uno spazio giuridico transnazionale, di soggetti, sia pubblici che privati, i quali assumono decisioni che vanno ad incidere su un livello più o meno elevato, in una prospettiva che sempre più è caratterizzata da fenomeni di carattere globale che investono il diritto. In questa ipotesi, si fa riferimento alla c.d. comparazione “*verticale*”.

Che cos’è la comparazione verticale?

Della comparazione verticale nel diritto pubblico fa uso Felix Frankfurter, in un breve saggio pubblicato nel 1927 nella *University of Pennsylvania Law Review*, dal titolo *The Task of Administrative Law*, in cui analizzando i rapporto fra *judicial review* e diritto amministrativo, metteva in luce la necessità di studiare le

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

trasformazioni del diritto amministrativo non soltanto da una prospettiva orizzontale, ma anche da una verticale.

La comparazione verticale, intesa in questa ultima prospettiva, può essere affrontata da due diversi piani di analisi e, in primo luogo, partendo dall'alto verso il basso (*top-down*), ad esempio, nel contesto di internazionalizzazione di norme e regole provenienti dagli ordinamenti nazionali, in cui il diritto dei singoli Stati incorpora concetti giuridici e istituti provenienti da un superiore livello ordinamentale.

In una seconda accezione prospettica, dal basso verso l'alto (*bottom-up*), può ritenersi che la comparazione verticale abbia come finalità la trasposizione di regole, norme e concetti giuridici dal livello nazionale a quello internazionale.

COMPARAZIONE “INTRACULTURALE” E “INTERCULTURALE”

Il dibattito sul metodo può assumere sfaccettature diverse quando lo studioso superi le frontiere della propria cultura giuridica, confrontandosi con forme di pensiero e ragionamento derivanti da scuole e tradizioni del diritto profondamente diverse.

Se si guarda allo studio del diritto da una prospettiva più ampia, sia dal punto di vista geopolitico che da quello storico, ci si accorge, in particolar modo attraverso l'uso della comparazione, che il “*municipal law of nation states*” non appare più sufficiente a tale scopo per il gran numero di fonti eterogenee che tendono ad occupare il medesimo spazio giuridico (sovra-statali, non-statali – come il diritto religioso, il diritto transnazionale, il diritto ctonio, il diritto consuetudinario – e altre forme di *soft-law*).

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

Con l'espressione "pluralismo giuridico" Griffiths fa riferimento alla "presence in a social field of more than one legal order" nel celebre saggio *What is Legal Pluralism?*

All'interno di una tradizione culturale possono, infatti, coesistere ordinamenti diversi, come anche forme e visioni del pluralismo (non solo) giuridico che interagiscono fra loro.

Di conseguenza, possono configurarsi due diverse forme di pluralismo giuridico.

In tale prospettiva, le scelte metodologiche sono condizionate anche dal sostrato culturale che caratterizza gli ordinamenti giuridici da comparare

Ad esempio, se l'analisi comparativa è indirizzata verso un Paese dove è prevalente la religione islamica non sarà possibile ignorare quale delle scuole di pensiero vi sia dominante, come, ad esempio, la Hanbalita per l'Arabia Saudita o la Malechita per il Marocco.

L'Islam rappresenta uno dei principali attori dei fenomeni a carattere globale, e la religione islamica è la seconda religione del mondo dopo quella cristiana. Le migrazioni di cittadini stranieri di religione musulmana sono state studiate da molti profili, come quello sociologico, economico, politico e giuridico e, da tutte queste analisi emerge l'importanza delle fonti del diritto e della *Sharia*, sia che si affrontino questioni attinenti ai valori costituzionali, alla libertà religiosa e di espressione, sia alla *rule of law*, come anche ai diritti umani.

Dopo l'11 settembre 2001, il fenomeno delle migrazioni dei cittadini stranieri e, in particolare, di religione islamica, è ritornato a essere oggetto di ampio dibattito per i gravissimi fatti di terrorismo verificatisi in Europa e in altre parti del mondo. Cresce di

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

conseguenza l'importanza dello studio delle religioni "non occidentali" e delle altre tradizioni legali,

Classificando da questo punto di vista l'approccio metodologico, possiamo distinguere la comparazione "**intraculturale**", che avviene fra due o più ordinamenti appartenenti alla stessa cultura giuridica (es. Regno Unito, Canada oppure Stati Uniti), da quella "**interculturale**" (*cross-cultural*) che riguarda due o più ordinamenti, ma appartenenti ad aree culturali diverse, come, ad esempio, la Germania e il Marocco.

QUALI SONO LE SCELTE METODOLOGICHE DI CARATTERE TEORICO?

Accanto alle scelte metodologiche di carattere pratico, la comparazione si avvale di opzioni di carattere teoretico. La scelta di queste opzioni è successiva all'idea iniziale del ricercatore, che, attraverso il procedimento comparativo e la definizione della *research question*, proverà a ricostruire l'oggetto di studio.

Le alternative teoriche della comparazione sono:

- a) **la comparazione funzionale**;
- b) **la comparazione strutturale**;
- c) **la comparazione sistemica**;
- d) **la comparazione critica**.

LA COMPARAZIONE FUNZIONALE

Il diritto comparato ha, fra i suoi obiettivi, la soluzione di problemi di comparabilità con un approccio che tende a valorizzare l'aspetto profondo del diritto. In particolare, la **comparazione funzionale** ha per oggetto l'equivalenza di fenomeni, che, pur avendo una medesima

Lezione Diritto costituzionale comparato

14 marzo 2017

funzione, sono strutturalmente diversi. Questo approccio non nasce dall'esperienza teorica, ma piuttosto dalla applicazione del diritto internazionale privato, come avremo modo di specificare nei paragrafi successivi. Inizieremo con il concetto di "funzione".

Che cos'è una funzione?

Il termine "**funzione**", deriva dal latino "*functio*" e indica, in generale, l'adempimento di un compito e si ricollega con l'astratta prefigurazione della competenza per lo svolgimento di una determinata attività.

Il concetto di "funzione" si caratterizza per essere vago, implicando significati diversi a seconda della scienza cui si riferisce.

Può essere, ad esempio, particolarmente preciso, come accade per la funzione matematica come accade, ad esempio, nella sociologia del diritto e nel diritto comparato.

perplessità è manifestata da chi considera che **il funzionalismo in diritto comparato tende a essere sociologico**, pur senza i vincoli della metodologia empirica utilizzata dai sociologi, con la conseguenza di correre il rischio di perdere di vista la prospettiva giuridica, come anche quella sociologica.

Nella nozione di funzione (come anche di "disfunzione") sono impliciti profili concettuali di ordine logico e metodologico che consentono di individuare il ruolo strumentale che una regola o un istituto svolge all'interno del sistema giuridico in cui nasce, come anche di un'azione nel conseguimento di uno scopo determinato.

Qual è il significato di "funzionalismo"?

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

Con l'espressione "funzionalismo" si indica, in genere, nelle scienze umane, la «tendenza a dare importanza alla funzione più che alla struttura di ciò che si considera, a vedere un problema sotto l'aspetto della funzionalità, ad anteporre nell'oggetto di studio il momento della prestazione o dell'azione ai caratteri formali, costruttivi e strutturali»

L'utilizzo della teoria funzionale – tanto nelle scienze sociali, come anche nelle c.d. scienze dure – favorisce, da una parte, gli studi interdisciplinari e, dall'altra, non esclude che possa esserci un comune sviluppo di idee, come anche una "*cross-fertilization*" fra discipline.

Tuttavia, come il comparatista sa bene, la contaminazione con altre scienze può produrre, consciamente o inconsciamente, interpretazioni errate o addirittura confusione sul piano teorico. Occorre, dunque, separare con molta attenzione la curiosità e l'interazione scientifica necessaria all'analisi di problemi complessi – che fa interagire lo studioso X con lo studioso Y – dal facile sconfinamento dalla disciplina A alla disciplina B.

Con riferimento al diritto – e, segnatamente, al diritto comparato – il funzionalismo può essere diversamente classificato. Il diverso atteggiarsi della teoria funzionale consente di mettere in luce come scienze diverse dal diritto comparato – e, in particolar modo, la sociologia e l'antropologia – siano presenti nelle riflessioni dei giuristi su comuni temi metodologici.

Come osserva Michels, le istituzioni sono contingenti, mentre i problemi sono universali, con la conseguenza che il comparatista farebbe emergere le soluzioni prodotte nei diversi sistemi giuridici come risposte a problemi giuridici, contingenti nella loro forma ma necessarie per la natura del problema.

Lezione Diritto costituzionale comparato 14 marzo 2017

QUAL È IL SIGNIFICATO DI STRUTTURALISMO?

In posizione antagonista rispetto al funzionalismo, vi è lo “strutturalismo”, metodologia affermata in varie scienze, diffusamente a partire dal primo Novecento.

Questa teoria si basa sul presupposto che **ogni oggetto di studio costituisce una “struttura”**, cioè «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».

La comparazione strutturale

Lo “**structural comparativism**” ha per oggetto l’analisi delle struttura e delle relazioni fra le diverse componenti degli istituti giuridici, i c.d. **formanti**

all’interno degli ordinamenti. Rodolfo Sacco ha ripercorso, in campo giuridico ciò che era stato fatto in altre scienze.