

RESEARCH QUESTION E PROCEDIMENTO COMPARATIVO

CHE COS'È UNA “RESEARCH QUESTION”?

Per avviare un progetto di ricerca è necessario formulare nel modo più corretto possibile una o più *research questions*, cui è strettamente legata la scelta del metodo o dei metodi che il ricercatore utilizzerà per la sua analisi.

Il tema della ricerca deve presentare alcune caratteristiche necessarie che sono comuni a tutte le scienze sociali.

In primo luogo, la *research question*, che individua il fenomeno giuridico da studiare, **non deve essere troppo vaga**, e cioè non deve presentare un elevato livello di astrazione o essere formulata in maniera impropria.

Ad esempio, se la domanda fosse: «la legislazione antiterrorismo in Italia e Francia è adeguata?» potremmo svolgere egualmente la ricerca, ma la stessa presenterebbe limiti non puntualmente definiti.

Per altro verso, **la questione non deve essere particolarmente complessa**, al punto da implicare molteplici oggetti di studio, pluralità di metodi e competenze.

Se, ad esempio, si ponesse la questione «la scienza può costituire un limite alla legislazione di Regno Unito e Germania?», anche in questo caso, senza una dotazione soggettiva ed oggettiva adeguata, sarebbe difficile venire a

capo dei problemi, delle discipline scientifiche e delle ipotesi che la questione stessa implica.

La ricerca deve essere, peraltro, fattibile.

Ciò implica che il ricercatore deve essere in grado di valutare le sue conoscenze della materia e linguistiche, il tempo e le risorse di cui dispone.

Se la domanda fosse la seguente: «i sistemi di giustizia costituzionale del mondo hanno in comune le medesime tipologie di decisioni?», egli dovrebbe avere «tempi e budget illimitati, e una straordinaria abilità nella lettura di un elevato numero di lingue».

Un ulteriore requisito della *research question* è che **deve essere rilevante sul piano scientifico**.

Ciò esclude, da una parte, la proponibilità di temi già ampiamente sviluppati e implica, per altro verso, la prospettiva di impatto e di implementazione delle conoscenze in un determinato campo. Ad esempio, se la domanda fosse «le leggi che regolano il fine-vita in Germania, Svizzera, Austria e Regno Unito sono moralmente giuste?», potremmo con sicurezza sostenere che la ricerca possa ritenersi rilevante?

L'ultimo requisito è quello della credibilità del tema di ricerca. Se la questione è presentata in modo eccessivamente astratto, o anche mal formulata, potrebbe non essere ritenuta verosimile.

La definizione della **research question** costituisce un elemento propedeutico allo svolgimento di una ricerca.

Ciò non esclude, tuttavia, che la stessa **possa essere riformulata** a seguito di un'analisi più attenta che metta in luce la mancanza di alcuni degli elementi fin qui richiamati e che maggiormente si presti alla riuscita del progetto.

QUALI ALTRE OPERAZIONI SONO PROPEDEUTICHE ALLA COMPARAZIONE?

Che cos'è il *tertium comparationis*?

L'espressione latina "*tertium* (terzo) *comparationis*" potrebbe essere tradotta con "la terza parte della comparazione".

Si tratta di un elemento necessario – un parametro per la comparazione – per ogni attività di ricerca e non solo nel diritto comparato. Il *tertium* non è un comun denominatore qualsiasi, ma è invece «un termine metodologico al più alto livello di astrazione che non è in realtà concretamente collegato con l'oggetto rispetto al quale è utilizzato come un denominatore comune che rende possibile il confronto».

I due oggetti che si comparano hanno in comune una **qualità** senza la quale il confronto non sarebbe seriamente praticabile.

Il giudizio comparativo presuppone, dunque, che il ricercatore determini preventivamente un **modello di riferimento**, che possa rappresentare un *parametro* in

base al quale formulare il giudizio fra i due termini della comparazione.

Il modello di riferimento è **astratto**

si colloca all'esterno degli oggetti di studio e, dunque, non descrive realtà giuridiche preesistenti, proprio per impedire che il raffronto possa essere influenzato dal ricercatore, attraverso l'introduzione, nel procedimento comparativo, di presupposti da cui possono derivare prefabbricati modelli ideali ed emergere gli stilemi del sistema giuridico di appartenenza.

Se il *tertium comparationis* rappresenta un comune punto di partenza dell'analisi comparativa, lo stesso non potrebbe considerarsi un modello di riferimento ove lo confondessimo con quello nazionale.

Nel giudizio comparativo vi sono **tre** elementi:

- a) ciò che viene comparato, detto anche **comparatum** (A);
- b) ciò che si deve comparare, il **comparandum** (B);
- c) il modello di riferimento o **tertium comparationis** (C).

Infatti, ove assimilassimo – per qualunque ragione – il *comparatum* con il *tertium comparationis* (A=C), gli elementi comparativi sarebbero dedotti dal solo modello nazionale che verrebbe comparato con un altro (B).

Ad esempio, se intendo comparare la disciplina della “sfiducia individuale” (a un singolo ministro) in Italia con quella di uno o più ordinamenti a forma di governo parlamentare, devo, preliminarmente, chiarire cosa intendo per “sfiducia individuale” e definirne gli elementi che consentono di individuarlo – cause di sfiducia, soggetti abilitati a richiederla, procedura, garanzie di tutela per il ministro oggetto di sfiducia, distinzione con istituti simili –

e, soltanto dopo questa ricognizione posso scegliere un **modello astratto** di sfiducia individuale da utilizzare come *tertium comparationis*.

Ulteriore operazione è costituita dall’esame dell’istituto della sfiducia individuale nel sistema italiano (*comparatum*) e negli altri ordinamenti che ho scelto per la comparazione (*comparandum*) ed emergeranno così analogie e differenze con il modello astratto preso a riferimento.

Che cos’è, dunque, per il comparatista il *tertium comparationis*?

Potrebbe essere una **funzione comune fra istituti e regole, un obiettivo comune da raggiungere, un problema, come una situazione di fatto.**

I MODELLI NELLA COMPARAZIONE

Il termine “**modello**” – inteso come *schema rappresentativo* di un fenomeno che appartiene alla sfera dell’esperienza – è stato utilizzato nelle scienze giuridiche

a partire dalla fine degli anni Sessanta, soprattutto nel campo filosofico-giuridico.

Anche se nel diritto comparato, l'uso del termine è meno approfondito che in altre scienze, lo studio di **modelli "adeguati"** rappresenta una delle operazioni più frequenti, e necessarie, per avviare il procedimento metodologico.

L'adeguatezza del modello implica la necessità di "tenere conto della realtà empirica del diritto", di cui deve riprodurre i caratteri principali, con la conseguenza che non tutti gli schemi qualificati come modelli possono ritenersi utili per la ricerca, dovendosi preferire l'utilizzo di **"prototipi"** o *"modelli esemplari"*.

Il comparatista costituzionalista avvia sempre la sua ricerca, utilizzando schemi classificatori elaborati proprio sulla base di ordinamenti che fungono da **punto di riferimento**, e cioè dai c.d. prototipi.

La classificazione dei modelli implica la definizione in **categorie** (o *classi*) degli oggetti di analisi, attraverso la individuazione dei tratti peculiari di tutti gli oggetti che possono essere riconducibili a quella classe.

La definizione di un prototipo – e, dunque, dello schema rappresentativo – non esaurisce la possibilità di individuare elementi accidentali dello schema di base, arricchendo, così, le prospettive di ricerca.

La dinamicità caratterizza il diritto e i suoi **modelli che mutano** senza sosta, per lenta evoluzione.

Tali **mutazioni** possono essere **originali**, innovative, oppure *derivate* da un altro modello e, in tale seconda ipotesi, sono definite “**imitazioni**”.

L'**originalità** nei modelli giuridici – come è accaduto per l'*Ombudsman* scandinavo – è fenomeno assai raro e poco analizzato nella letteratura scientifica.

I modelli originali possono derivare da una rottura costituzionale oppure da una consapevole scelta politica o da fenomeni strutturali rinvenibili in un determinato ordinamento, ma non sempre è facile distinguere i caratteri di originalità, potendoli, ad esempio, confondere con i crittotipi che rivivono in particolari condizioni.

Su questa base, ci si potrebbe chiedere se, ad esempio, il **modello delle Comunità autonome spagnole** abbia carattere di originalità – derivata dalla rottura operata dalla Costituzione del 1978 – oppure rappresenti un modello in qualche misura derivato dalla Costituzione del 1931.

La creazione di un modello originale può essere legata a processi di razionalizzazione, tanto per **assimilazione** – come accade nelle ipotesi di trattamento eguale di casi perché dotati di elementi di analogia – quanto per **dissimilazione**, nelle ipotesi di trattamento differenziato di casi che presentano un elemento differenziale

l'innovazione può derivare dalla **diversa interpretazione** di una proposizione nota, formulata dallo stesso autore o da altri interpreti. Le imitazioni sono state variamente classificate. Analogamente per quanto

accade per i formanti più noti, sono state suddivise in imitazioni *dottrinali*, *legislative* e *giudiziarie*.

Intersecandosi e talora combinandosi con quelle dottrinali, le **imitazioni legali** si verificano quando il legislatore imita un modello adottato da un altro legislatore.

L'esempio generalmente addotto è quello dell'imitazione del **Codice Napoleonico**, ma vi sono altri esempi nella storia costituzionale, come l'imitazione della Costituzione di Cadice del 1812 da parte dei costituenti del Regno delle Due Sicilie del 1820, e del Piemonte nel 1821 – che, intitolarono la carta costituzionale – **Costituzione politica spagnola** –, del Portogallo, della Grecia e del Messico.

In epoca più recente, la comparazione ha avuto un ruolo importante nella predisposizione di testi legislativi in tutti gli ordinamenti in cui non è stato espressamente vietato l'uso del procedimento comparativo.

Ad esempio, il legislatore tedesco è stato influenzato da norme di diritto straniero, a partire dall'*Handelsgesetzbuch* (codice commerciale) del 1897, anche se il procedimento di imitazione è passato attraverso le opinioni, in tedesco, degli accademici tedeschi.

In ogni caso, come ricordano alcuni autori la comparazione operata dal legislatore appare in qualche misura apologetica ed è funzionale al riaffermare la bontà della soluzione tedesca e il rigetto delle soluzioni normative straniere.

Il terzo gruppo in cui sono state classificate le imitazioni è relativo a quella **giudiziale**. I giudici sono tradizionalmente meno orientati, rispetto al legislatore o al pratico, ad occuparsi delle sentenze provenienti dalle corti di altri Paesi. Il fenomeno – attualmente in forte sviluppo per l'impulso dato all'uso della comparazione dalla giurisprudenza delle Corti europee – si riferisce tanto all'*imitazione diretta* di giudici da parte di giudici, che all'*imitazione a mezzo di intermediari*, come nel caso che i giudici siano aperti a imitazioni giudiziarie transnazionali.

Le imitazioni possono avvenire a seguito di una conquista – e si parla allora di **imposizione** –, a una scelta volontaria, di pura forza – e si ha un fenomeno di **recezione** – o dallo spostamento di un popolo in un altro territorio, in cui vi è un **trapianto**.

Quali sono le cause di queste imitazioni?

Le due principali cause di imitazione, comunemente individuate dalla dottrina, sono

l'**imposizione** e il **prestigio** del modello.

Nel caso di *recezione* dovuta a pura forza, il processo è reversibile con il cessare del rapporto di forza, come accadde, ad esempio, alla fine del dominio europeo nelle colonie; nelle ipotesi di imitazione dei modelli di *prestigio*, «l'elemento che più generalmente è alla base della recezione è il desiderio di appropriarsi delle attribuzioni altrui, quando queste attribuzioni siano caricate di una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome «prestigio».

Che cos'è la comparabilità?

le singole componenti all'interno degli ordinamenti giuridici si pongano in relazione fra di loro e il comparatista studia questi rapporti ove debba svolgere un'analisi comparativa.

Ciò accade, solitamente, per lo studio e il raffronto di **istituti comuni a più ordinamenti**, e cioè che abbiano la stessa struttura o funzione. Di conseguenza, la comparazione può essere avviata laddove vi sia un **minimo di contatto** – ma anche divergenza – fra gli oggetti da comparare.

L'elemento della comparabilità è presupposto necessario tanto quando il termine della comparazione sia un ordinamento, quanto se si tratti di un singolo istituto.

In particolare, per indicare questa relazione fra due (o più) ordinamenti si dice che tendenzialmente essi debbono essere *omogenei*, e cioè che debbano appartenere alla medesima *forma di stato*.

Tuttavia, non si può escludere che la comparazione avvenga fra ordinamenti che siano **ispirati a principi diversi**.

In tal caso, il comparatista deve porre una maggiore attenzione ai *profili sostanziali* che caratterizzano i termini della comparazione.

In tale circostanza, appare maggiormente visibile la dissociazione fra declamazioni e regole operazionali, cui si è fatto riferimento in un precedente capitolo.

Il problema della comparabilità fra ordinamenti eterogenei ha riguardato, ad esempio, il confronto fra istituti appartenenti alla c.d. *socialist law* e alla tradizione giuridica liberale. Se prendiamo, ad esempio, un ordinamento come quello della Cina ci rendiamo conto delle enormi differenze che lo separano dagli ordinamenti dell'area occidentale e, tuttavia, lo svolgimento di attività di **microcomparazione** è frequente per la soluzione di problemi legati alla circolazione dei traffici giuridici, prevalentemente, dunque, in ambito privatistico e societario.

La correttezza scientifica della comparazione avente ad oggetto termini eterogenei è stata supportata dalla dottrina, che ha distinto fra *elementi* “**determinanti**” ed elementi “**fungibili**” oppure ha messo in luce gli “elementi di base” e le trasformazioni di questi elementi

Il problema non si pone, almeno in questa misura, se la comparazione avviene fra **ordinamenti omogenei**, come testimoniano molteplici studi comparativi sulla forma di governo, sull'organizzazione costituzionale, la giustizia, i diritti fondamentali.

Tuttavia, come si è già osservato, la comparazione fra ordinamenti omogenei è sconsigliabile ove essi non presentino alcun elemento di divergenza. In proposito, merita di essere segnalato che l'uso del metodo comparativo deve essere accompagnato, in ogni caso, da cautele ove il termine di comparazione si riferisca a stati

di nuova indipendenza o in transizione, per il potenziale contrasto fra le regole formali introdotte e differenze strutturali originarie.

Analoga riflessione può essere svolta per i Paesi di nuovo ingresso nell'Unione europea, cui vengono richiesti standards politico-istituzionali di non sempre facile compatibilità con le strutture preesistenti.

Il tema della comparabilità riguarda anche singoli *istituti*, che possono ritenersi omogenei se abbiano in comune degli elementi di base, che identifichino quel determinato istituto, anche se il grado di comparabilità deve essere commisurato al fatto che gli ordinamenti, in cui l'istituto stesso è inserito, siano *omogenei* oppure *eterogenei*.

Nel secondo caso, il comparatista deve porre molta attenzione soprattutto alle regole di funzionamento dell'istituto e tenere conto del “**functional approach**”, e cioè, come si è detto, delle funzioni che sono alla base delle diverse soluzioni organizzative.

Che metodi scegliere?

Le scelte metodologiche che precedono un'analisi comparativa possono appartenere a tipologie 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 in via telematica, riguardando ogni genere di formanti: riguardano documenti ufficiali, atti normativi, giurisprudenza, studi di dottrina e la loro scelta e selezione diviene strategica per la ricerca.

Per quanto riguarda, invece, gli approcci metodologici di carattere teorico, il ricercatore inizi solitamente a pensarci dopo l'acquisizione dei materiali, quando una iniziale idea progettuale abbia iniziato a formarsi per definire la/le **research question**/s.

Nell'avviare la **fase iniziale** di una ricerca comparativa, ci si chiede spesso se i metodi con cui nel passato sono stati analizzati i sistemi giuridici (sovente di matrice occidentale) o le loro componenti siano adeguati in un contesto transnazionale.

Da qui, la scelta del metodo non solo deve essere accurata, ma deve anche essere dichiarata, in rapporto alle finalità che si hanno di mira con l'analisi comparativa.

Come si avvia un procedimento comparativo?

Una volta definito l'oggetto della comparazione e la scelta di uno o più metodi che si intendono utilizzare per la propria analisi, il ricercatore dà avvio a un

“procedimento metodologico”, che è costituito da

una serie di fasi, concatenate e propedeutiche fra loro, con la finalità di giungere al raffronto fra modelli o soluzioni o istituti appartenenti solitamente a ordinamenti diversi, per ottenere dei risultati più o meno applicabili, al termine delle fasi e delle operazioni di comparazione.

Quante sono le fasi del procedimento?

Secondo lo schema proposto da Constantinesco, queste fasi possono essere sintetizzate nella c.d. “regola delle 3 C”, e cioè

fase di conoscenza
fase di comprensione
fase di comparazione

Tutte queste parti autonome del procedimento sono necessarie e ognuna di esse è caratterizzata da regole, azioni e operazioni che il ricercatore è tenuto a seguire.

La **prima fase** – quella di conoscenza – è dedicata allo svolgimento delle attività necessarie per la conoscenza dei termini della comparazione.

Nella **seconda** – quella di comprensione – compito del ricercatore è proprio quello di comprendere, all'interno dei limiti geografici della comparazione, i formanti, all'interno di ogni singolo ordinamento e,

infine, nella **terza** fase – quella di comparazione – si procederà al confronto fra i diversi elementi percepiti nei diversi ordinamenti giuridici .

Può esserci un'altra fase – **quella di applicazione dei risultati** – che è accidentale, giacché dipende dalle finalità della comparazione, come, ad esempio, nelle ipotesi in cui l'attività del ricercatore è esclusivamente finalizzata alla conoscenza.

Le fasi del procedimento metodologico, sono **susseguenti** – nel senso che devono seguire l'ordine indicato, con la conseguenza che ogni fase è propedeutica all'altra, come accade nell'attività metodica –

e **complementari**, giacché sono stabilite l'una in funzione dell'altra.

In che cosa consiste la fase di conoscenza?

La prima fase del procedimento metodologico è quella di conoscenza degli oggetti della comparazione.

Sono riconducibili a questa fase, tutte le operazioni di raccolta di informazioni, di materiali di studio, che, solitamente, si svolgono durante lo svolgimento di viaggi nei Paesi scelti per l'indagine comparatistica.

Questo percorso di iniziazione si muove dall'esterno (E) – dai modelli stranieri – verso l'interno (I) – il diritto nazionale – , per poi procedere a ritroso, seguendo linee parallele,

Il comparatista, nel suo percorso, svolge «un ruolo mediatico tra l'ordinamento straniero e l'ordinamento proprio, tra la mentalità del giurista straniero e la mentalità del destinatario finale, del giurista nazionale».

Le conquiste della tecnologia, che rendono disponibili una massa enorme di dati e informazioni, non possono sostituire per il ricercatore – ad avviso di chi scrive – l'idea del viaggio, potendo, piuttosto, essere di ausilio alla definizione di un itinerario virtuale, che successivamente dovrà essere sviluppato e compiuto in termini reali.

Senza un serio approccio metodologico, il ricercatore rischia di non svolgere alcuna effettiva attività di comparazione, indulgendo, piuttosto in attività prevalentemente decorative, senza alcun valore epistemologico.

Su queste basi gli ordinamenti possono essere prima descritti e poi studiati e, successivamente, scomposti nei loro formanti, passando da una percezione limitata a una loro comprensione comparativa. Il passaggio dalla prima alla seconda «è assicurato dallo **schema comparativo**».

In che cosa consiste uno *schema comparativo*?

All'inizio di ogni indagine comparativa occorre porre un problema, una ipotesi di lavoro, il proprio "itinerario di viaggio", «l'idea», senza la quale nel mondo del pensiero nulla può fiorire».

Il procedimento di scomposizione dei termini della comparazione, mette in evidenza una serie di problemi distinti, che rientrano nello schema comparativo, in cui tutti gli elementi devono trovare collocazione, qualunque sia la loro natura («istituzionale o strutturale, formale o materiale, concettuale o funzionale, ideologica o politica».

Ma come fa il giurista a percepire nella sua completezza il termine da comparare?

È necessario che segua alcune **regole**. Ne sono state prese in considerazione **cinque**:

- a) il termine da comparare deve essere studiato per come è nella realtà;
- b) il termine da comparare deve essere esaminato nelle sue fonti originali;
- c) il termine da comparare deve essere studiato nella complessità e nella totalità delle fonti del diritto;
- d) il rispetto della gerarchia delle fonti nell'ordinamento esaminato;
- e) il termine da comparare deve essere interpretato secondo il metodo ermeneutica dell'ordinamento cui appartiene.

La *prima* è quella di acquisire una **conoscenza** il più possibile *approfondita degli elementi da comparare*, che privilegi il più possibile i profili operazionali (SOSTANZA), piuttosto che le proposizioni declamatorie (FORMA), nell'acquisizione dei materiali, del *package* necessario per iniziare la ricerca.

In questa fase, è possibile che il ricercatore si trovi in presenza di **antinomie** – ad, esempio, fra la dottrina e la giurisprudenza, fra il testo normativo e una certa interpretazione di una corte –, ma, in ogni caso, è tenuto

a una ricostruzione del termine da comparare, che non sia influenzata dall'ordinamento in cui egli stesso opera.

Ciò costituirebbe una delle insidie più gravi dell'attività del comparatista e tenderebbe a svilire la ricchezza culturale che rende ogni ordinamento unico,

La **seconda** regola riguarda la **comparazione dei termini nelle fonti originali**: per poter procedere efficacemente nel procedimento comparativo, occorre studiarli e conoscerli separatamente. Hug, riportando il pensiero di John Selden metteva in evidenza come, già dal XVII secolo, fosse noto il rapporto fra studio conoscenza separata dei termini e validità teorica e pratica della comparazione medesima.

Come raccogliere queste fonti, selezionarle, classificarle, oltre ad assicurarsi che esse siano scientificamente attendibili?

Il valore (e la utilità) della ricerca comparatistica dipende proprio dal rigore con cui queste operazioni vengono affrontate.

In tale contesto, diviene strutturale la conoscenza della lingua dell'ordinamento in cui è ricompreso il termine da comparare.

Peraltro, la **conoscenza diretta degli ordinamenti** da analizzare rappresenta una condizione necessaria per procedere a una vera comparazione. Si tratta di un problema di educazione del comparatista: egli pone in essere un reale raffronto, soltanto se si è formato per un adeguato periodo nei Paesi di cui si sta occupando:

sarebbe improbabile, infatti, *disvelare crittotipi* oppure comprendere il *gioco dei formanti* soltanto attraverso l'apprendimento della *law in the books*

La **conoscenza linguistica** rappresenta il principale ostacolo alla comparazione. Per comparare è necessario conoscere la lingua, che è condizione necessaria per accedere alle fonti del diritto straniero.

La **terza** regola metodologica riguarda lo **studio del termine da comparare** in relazione alla pluralità delle fonti giuridiche che sono in vigore in un determinato ordinamento e in un momento storico definito

Riprendendo la descrizione della fase di conoscenza, si è precedentemente chiarito come il ricercatore difficilmente si lascia ingannare dalla lettura della sola fonte *prima facie* applicabile, per procedere nel suo percorso comparatistico.

Ad esempio, la lettura di una carta costituzionale può rivelare la presenza di disposizioni molto dettagliate sul controllo di costituzionalità delle leggi. **Ciò non implica, tuttavia, che la prassi degli Stati scelti per la comparazione sia conforme al disegno costituzionale** oppure se vi siano fattori politici, sociali, economici, ecc. possano vanificare la presenza delle norme «che diventano così dei simboli astratti senza un'effettiva applicazione»

Come si è già osservato, il comparatista è tenuto a **dissociare** le mere declamazioni – frequenti nelle costituzioni e nei testi normativi – da quelle che sono le regole operazionali e, di conseguenza deve cogliere la

reale applicazione della regola giuridica (v. cap. III). In ordine, poi, al sistema delle fonti all'interno di un determinato ordinamento, va detto che l'esistenza (e la stratificazione) di una pluralità di fonti influisce sul procedimento metodologico: il comparatista deve esaminare l'oggetto del suo studio nei diversi livelli di soluzione in rapporto alla scala gerarchica in cui le fonti trovano collocazione.

La **quarta** regola metodologica è rappresentata dal **rispetto della gerarchia delle fonti** nell'ordinamento relativo al termine da comparare: per "fonte" qui intendiamo qualunque fattore che contribuisce alla elaborazione e alla formazione di una norma giuridica, mentre per "gerarchia delle fonti" l'ordina di priorità che governa i reciproci rapporti fra norme.

Tali relazioni si atteggiavano, tuttavia, diversamente a seconda che si tratti di un ordinamento di *civil law* oppure di uno di *common law* e questo rende particolarmente difficile il mestiere del comparatista, tenuto a registrare le variazioni più o meno profonde della gerarchia delle fonti in ogni singolo ordinamento.

Un'altra regola metodologica – la **quinta** – prevede che il termine da comparare sia interpretato alla luce del *metodo interpretativo* utilizzato nell'ordinamento cui il termine medesimo appartiene.

Si è più volte ripetuto come l'interpretazione di un istituto giuridico di un ordinamento straniero con gli occhi del giurista "interno" può produrre **gravi errori** – analogamente a quanto accadeva agli etnologi del diritto, che studiavano le istituzioni dei popoli antichi con

l'occhio dei civilizzatori e ciò aveva prodotto dei risultati sbagliati – e, dunque, il corretto *modo di interpretare* il termine straniero da comparare può ritenersi quello seguito dai giuristi che operano in quell'ordinamento.

Attraverso l'interpretazione gli enunciati normativi presenti in quell'ordinamento divengono oggetto di un'analisi, che tende a essere sempre più accurata e precisa, ma *diversa* per ogni ordinamento studiato, non essendo la comparazione uno strumento d'interpretazione a carattere universale.

Che cosa caratterizza la fase di comprensione?

Nel procedimento metodologico, alla fase di conoscenza fa seguito quella di *comprensione*, in cui è necessario che il comparatista proceda a *reintegrare il termine della comparazione* nel proprio ordinamento, cimentandosi con il gioco dei formanti legali e con le relazioni che essi intrecciano fra loro, e con i meta-formanti, che lo obbligano ad uscire da un ambito esclusivamente giuridico.

Ciò non è facile e presuppone una ***significativa esperienza comparatistica*** – come si è cercato di evidenziare nel rapporto fra percezione e oggetti della comparazione – , che consenta di cogliere le relazioni intercorrenti fra (almeno) due regole operanti in due ambienti, con proprie peculiarità culturali, giuridiche, economiche, geografiche, storiche e sociali diverse

Questa fase del procedimento mette a nudo le difficoltà che possono incontrare le analisi

comparatistiche, avviate soltanto attraverso affrettate raccolte di materiali, senza il contatto diretto con il Paese che si è scelto di comparare, che presuppone un itinerario di viaggio per conoscere l'atmosfera immateriale di cui si impregnano i formanti.

A tal proposito, come potrebbe, ad esempio, essere trascurato il fattore religioso o quello climatico per comprendere lo spirito di un popolo e, dunque, lo spirito delle sue leggi [Montesquieu]. Dunque, il comparatista non può isolare il fenomeno giuridico che si propone di studiare senza prendere in esame le cause politiche, sociali, economiche, religiose che lo hanno determinato, così come anche gli effetti che queste cause hanno prodotto.

A differenza dei percorsi procedurali che riguardano il diritto pubblico interno – in cui vi è un termine per la conclusione di una fase specifica –, nel procedimento metodologico in questione, non soltanto questo termine non vi è, ma si presenta indefinita anche la linea di confine fra la fase della conoscenza e quella della comprensione, nonostante che i tratti peculiari delle due fasi siano nettamente distinti

Nella **prima**, l'oggetto della comparazione viene percepito isolatamente: possono esservi formanti legali diversi, studiati separatamente, giacché soltanto nella seconda i singoli formanti vengono posti in relazione, fra di loro e, con altri componenti, come insieme all'interno di una struttura complessa che varia a seconda dello scambio, delle interferenze fra formanti, analogamente a quanto avviene per i composti chimici. Ciò vale, evidentemente, tanto nella relazione fra formanti legali

(*legal formants*), fra formanti legali e meta-formanti (*meta-formants*), nonché fra formanti esistenti e matrici di nuovi formanti (*neo-formants*).

la comprensione dei diversi fattori dell'ordinamento e del termine da comparare è poco problematica se gli ordinamenti scelti per la comparazione sono omogenei; nel caso inverso, il ricercatore può «giungere a una corretta ricognizione dei problemi soltanto se conosce esattamente gli *elementi determinanti del modello esaminato*.

fase di comparazione?

Nella fase che precede è stato definito il termine della comparazione. È in questo momento del procedimento metodologico che una componente del diritto straniero viene conosciuta e diviene strumentale alla *comparazione in senso stretto*.

Ciò evidentemente dipende, in modo particolare, dal grado di accuratezza raggiunto dal ricercatore nelle prime due fasi del procedimento. Ma occorre, in ogni caso, tenere separato lo studio del diritto straniero dalla comparazione, giacché interi tomi di analisi dei diritti stranieri – o di componenti di esso – non costituiscono necessariamente un contributo alla comparazione giuridica, nonostante generose *autoqualificazioni* per le quali si utilizza spesso l'espressione “*nel diritto comparato*”, come accade, talvolta, per istituti del diritto amministrativo, come il procedimento o la giustizia.

Se la lettura – e lo studio – del diritto straniero manifestano la loro importanza sin dal primo approccio

con gli studi universitari perché non soltanto consente di acquisire la conoscenza di materiali giuridici che provengono da corti, parlamenti, dottrine, ma anche favorisce l'apprendimento di lingue e linguaggi giuridici diversi. Questi materiali costituiscono una buona base culturale per entrare, anche se a piccoli passi, nella mentalità dei giuristi di altri Paesi.

L'arresto del procedimento metodologico alla fase di comprensione del diritto straniero escluderebbe, tuttavia, che si possa parlare, in senso stretto, di comparazione giuridica, dovendosi attribuire all'attività procedimentale svolta un valore prevalentemente decorativo rispetto al principale oggetto di indagine, che deve essere sviluppato nell'intero percorso metodologico

Sotto il profilo metodologico, nella fase di comparazione, è necessario acclarare il contenuto della relazione fra i termini della comparazione, per mettere in luce analogie e differenze, attraverso quello che, in precedenza, si è definito il "gioco dei formanti" (v. cap. 3, § 2), in cui non è sufficiente mettere in luce analogie e differenze, ma, soprattutto, cogliere, con la maggiore incisività e completezza possibile, i termini della comparazione.

Attraverso questa analisi – che, necessariamente investe i meta-formanti –, è possibile cogliere, nella relazione fra i due termini, quali degli elementi abbiano una portata comparativa.

