

# Diritto

*a Heike e Georg*



ROBERTO SCARCIGLIA

# Introduzione al diritto pubblico comparato

il Mulino

---

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet:

**[www.mulino.it](http://www.mulino.it)**

ISBN 88-15-11366-5

Copyright © 2006 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito [www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)

# Indice

---

<b>Introduzione</b>	<b>7</b>
---------------------	----------

---

<b>I. Origini e sviluppo del diritto pubblico comparato</b>	<b>17</b>
1. Storia e comparazione giuridica	<b>17</b>
2. Alle origini della comparazione giuridica	<b>18</b>
3. Lo sviluppo del diritto pubblico comparato	<b>30</b>

---

<b>II. Le finalità della comparazione giuridica</b>	<b>35</b>
1. Perché comparare?	<b>35</b>
2. Le funzioni teoriche	<b>37</b>
3. Le funzioni pratiche	<b>40</b>
4. La funzione «sovversiva» del diritto comparato	<b>46</b>

---

<b>III. L'oggetto della comparazione</b>	<b>47</b>
1. Percezione e oggetti da comparare	<b>47</b>
2. I «formanti»	<b>56</b>
3. I «crittotipi»	<b>64</b>
4. I meta-formanti	<b>66</b>
5. I formanti nella prospettiva diacronica	<b>67</b>

---

<b>IV. Il metodo della comparazione</b>	<b>69</b>
1. Il metodo giuridico e il diritto comparato	<b>69</b>
2. Il procedimento metodologico	<b>74</b>

---

<b>V. Il linguaggio e la comparazione giuridica</b>	<b>91</b>
1. Comparazione e problemi linguistici	<b>91</b>
2. Le traduzioni	<b>94</b>
<hr/>	
<b>VI. Comparazione e studio del diritto pubblico</b>	<b>97</b>
1. Profili diacronici	<b>97</b>
2. Che cosa si insegna nei corsi di diritto comparato (pubblico)?	<b>98</b>
3. Il diritto costituzionale comparato	<b>103</b>
4. Il diritto amministrativo comparato	<b>114</b>
<hr/>	
<b>Conclusioni</b>	<b>123</b>
<hr/>	
<b>Riferimenti bibliografici</b>	<b>133</b>

# Introduzione

## 1. SULL'UTILITÀ DI UNA INTRODUZIONE AL DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

---

L'idea di questa breve introduzione nasce nelle aule universitarie – *in the classroom* –, per usare un'espressione conosciuta fra i comparatisti [Markesinis 2004]. Sembra doveroso chiarire, preliminarmente, che si tratta soltanto di «appunti» e di materiali, accumulati in alcuni anni accademici, per le lezioni e le attività seminariali, e destinati agli studenti, anche stranieri, cui sono grato dell'interesse e delle curiosità manifestati sui temi della comparazione giuridica. Il permanere di questo interesse – riscontrato, anche di recente, con alcuni studenti e colleghi andalusi, nel quadro degli annuali scambi didattici all'interno di progetti interuniversitari Socrates – ha costituito la motivazione principale per la pubblicazione di queste pagine.

Alla *metodologia comparativa* per lo studio del diritto danno il giusto rilievo tanto trattazioni manualistiche relative al diritto pubblico comparato, attualmente utilizzate nei corsi universitari [de Vergottini 2004; Morbidelli *et al.* 2004], quanto alcuni essenziali testi a carattere introduttivo, che guidano, da tempo, gli studenti all'approccio con le questioni metodologiche, consentendo loro, in primo luogo, di appassionarsi al diritto pubblico, e di approfondire successivamente, tanto per l'elaborazione della tesi di laurea, quanto nei percorsi a carattere specialistico o post-laurea, suoi specifici istituti o problemi (Lombardi [1986]; Bognetti [1994]; e, più recentemente, Pegoraro e Rinella [2002]).

A favorire questo *processo di apprendimento* contribuiscono, sempre sotto il profilo metodologico, accanto ai testi sopra citati, anche introduzioni al diritto comparato di taglio prevalentemente privatistico, proficuamente utilizzate per la didattica [Constantinesco 1996; Sacco 1992b; Mattei e Monateri 1997; Zweigert e Kötz 1984; Guarneri 2004], cui i giuspubblicisti, in modo diretto o indiretto, fanno riferimento e ai quali questi appunti intendono esplicitamente rinviare, quale imprescindibile strumento di conoscenza.

Tuttavia, come accade dinanzi a progetti didattici, anche limitati, come questo, è necessario interrogarsi se sia utile un'altra introduzione al diritto pubblico comparato, nella piena consapevolezza dei limiti, sul versante dell'originalità, che caratterizzano la scrittura dei comparatisti. Si potrebbe, in prima battuta, rispondere che la ricchezza dei materiali pubblicati, sia per autorevolezza scientifica che per gli ottimi risultati sul piano didattico, renderebbe, forse, tautologico un altro scritto in tal senso. Tuttavia, da frequenti scambi con studenti e colleghi, è emersa più volte l'esigenza di una qualche verifica dei *metodi di insegnamento* del diritto pubblico comparato, come accade, di recente, in Francia [cfr. Fauvarque-Cosson 2002] o negli Stati Uniti. In tale prospettiva, uno dei temi più dibattuti è rappresentato dalla difficoltà di seguire regole di diritto, talvolta presentate – nelle lezioni o contenute nei materiali didattici – sacrificando qualunque approccio intuitivo, anche con riferimento a *problemi linguistici*, che, necessariamente, si pongono nel diritto comparato (cfr. *infra*, cap. V).

Su questo ultimo punto, forse anche a causa della riduzione dei programmi di insegnamento, la sensibilità nella produzione scientifica destinata ai corsi universitari appare piuttosto in ombra, pur con qualche eccezione [Pegoraro 2004, 11], e, dunque, l'ipotesi di un approccio introduttivo, che tenga in maggior conto questa prospettiva, potrebbe essere di utilità sul versante didattico. Peraltro, accade di frequente che, al termine delle lezioni o di specifici seminari, siano poste dagli studenti domande tendenti a ottenere chiarimenti sul significato di alcuni *segni linguistici* (sostantivi, aggettivi, forme verbali), sulle qualificazioni utilizzate [cfr. Pegoraro e Rinella 2002, 94], sulla esistenza di una *diversità fra menzione e uso di una determinata parola*.

Ciò non desta, evidentemente, particolare sorpresa, giacché, per comunicare abbiamo bisogno di ricorrere a segni che rappresentano oggetti o concetti. Tuttavia, è avvertita la sensazione che la percezione di questi oggetti non sia così chiara nell'uditorio. Ad esempio, proprio con riferimento all'espressione «diritto comparato» – utilizzata sin dalle prime lezioni dei corsi universitari in materie giuridiche –, possono sorgere fondati dubbi che l'uso semantico che è stato fatto di questa espressione e che pare non subire alcuna mutazione nella letteratura comparatistica consolidata dalla fine degli anni Quaranta [Gutteridge 1949], salvo solide eccezioni (fra queste, Bognetti [1994] e Pfersmann [2001]) – corrisponda o vada d'accordo con l'uso che, a distanza di mezzo secolo viene attribuito alla medesima espressione [Kripke 1982, 19], e che trova riscontro nella manualistica attualmente utilizzata.

Si potrebbero, in proposito, richiamare le frequenti domande su concetti teorici che possono assumere significati diversi a seconda del sistema giuridico di riferimento, che, come tale, influenza la letteratura scientifica prodotta in un determinato Paese, dando luogo a interpretazioni differenziate. Il medesimo oggetto potrà, dunque, assumere peculiari connotazioni o essere visto da diverse prospettive, a seconda che il ricercatore sviluppi le sue analisi attraverso le lenti del diritto francese, di quello comunitario, oppure di quello tedesco, oppure si astragga da modelli predeterminati o consolidate dottrine. Una domanda frequente, ad esempio, nei corsi tematici che abbiano ad oggetto i diritti fondamentali, è quella se l'espressione *Grundrechte*, utilizzata nella Carta fondamentale tedesca, sia corrispondente a «diritti fondamentali» e se, analogamente, possa dirsi per l'espressione *human rights*, contenuta nello *Human Rights Act* britannico [cfr. Pfersmann 2001, 286; Pegoraro e Delgado Gaitán 2001, 9].

Pur con i limiti e le finalità di questa breve introduzione al diritto pubblico comparato, si è cercato di utilizzare – o quanto meno richiamare –, accanto ai tradizionali e consolidati metodi di insegnamento, proposte metodologiche tese a sviluppare la capacità di *percezione* degli studenti fruitori dei corsi universitari, anche con richiami all'uso della logica e della filosofia, per un migliore apprendimento del diritto comparato [Izorche 2001; Posner 2000, 1321; Richard 2005]. In proposito, particolare attenzione è stata dedicata al *rapporto fra percezione e oggetti della comparazione*, utilizzando figure nel testo per far meglio comprendere la teoria dei formanti (cfr. *infra*, cap. III).

## 2. DEFINIZIONE DELLA MATERIA

---

L'espressione «diritto comparato», conosciuta nelle principali accezioni linguistiche – *Rechtsvergleichung* o *Vergleichendes Recht* – a seconda che sia ritenuto un metodo oppure una scienza –, *Droit comparé*, *Comparative Law*, *Derecho comparado*, *Direito comparado*, *Drept Comparat*, *Sravnitel'noë Pravo* –, è stata considerata una disciplina «oscura» [Gutteridge 1949, 18; Pfersmann 2001, 275], un «mare sconfinato» [Gorla 1964, 946], strettamente legata alla storia del diritto occidentale, non potendosi rinvenire una definizione formale e istituzionalizzata in Paesi di altra tradizione culturale [Glenn 1999, 841].

Questa incerta *definizione* ricomprende, in generale, prospettive scientifiche diverse. Se si osservano altri sistemi giuridici, rispetto a quello in cui il ricercatore si trova ad operare, è possibile cogliere *ambiti* concettuali diversi, a seconda che si proceda a una descrizione a carattere generale di questi sistemi oppure si stabiliscano settori 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 [cfr. Wigmore 1936, 1120]. Le prospettive di studio possono essere, dunque, eterogenee, ma, in ogni caso, separando il piano descrittivo da quello applicativo, emerge come il diritto comparato rappresenti qualcosa di diverso e più ampio della esposizione 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 definizione, 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 [Ancel 1971, 86].

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 [Gorla 1964, 928] e talvolta privi di metodologia comparatistica [cfr. Pfersmann 2001, 275]. 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* 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» [Gorla 1964, 930]. 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 deriva la conseguenza che qualsiasi opera *straniera* diviene un'opera di *diritto comparato* non appena subisce una traslazione geografica [Pfersmann 2001, 280].

A sancire la differenza fra ciò che è e ciò che non è qualificabile come diritto comparato, sovviene il richiamo al *metodo giuridico* (cfr. *infra*, cap. IV, par. 1). Ove, infatti, per *comparazione giuridica* si intende un'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti o fra loro componenti – come istituti, normative, interpretazioni giurisprudenziali, ecc. –, compiuta in modo sistematico e secondo gli stilemi della metodologia giuridica, si può ritenere che essa si atteggi a *disciplina scientifica* [de Vergottini 1999, 2].

In tale prospettiva, il diritto pubblico, sia con riferimento al diritto costituzionale che a quello amministrativo, si distingue da altre branche del diritto e, in modo particolare, dal diritto privato. Il «diritto pubblico comparato» presuppone che il diritto pubblico abbia, in primo luogo, acquisito autonomia negli ordinamenti da comparare. Il diritto pubblico, che oggi diviene oggetto di studio, si è costruito nel corso dei secoli, con le intuizioni della scienza giuridica medievale, la progressiva specializzazione della *scientia legum* – a partire dai «coraggiosi» contributi di Bartolo da Sassoferrato [Calasso 1964, 832] – attraverso processi di osmosi e di dissociazione fra *ius*

*commune e ius proprium*, sulla scia del costituzionalismo anteriore alla Rivoluzione francese, nonché 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 e posta 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, ad esempio, temi quali la Costituzione e la sua revisione, le fonti, la forma di Stato e di governo, i diritti fondamentali, la giustizia costituzionale.

Per quanto riguarda, in particolare, il *diritto amministrativo*, la Rivoluzione francese aveva posto le basi per una scienza giuridica nuova, con caratteri strutturalmente diversi rispetto alle forme di amministrazione, pur esistenti, in periodo prerivoluzionario e sviluppatesi con l'affermarsi degli Stati moderni, a partire dal Trattato di Westfalia del 1648. Con la diffusione della legislazione francese in tutta l'Europa continentale, gli studi di diritto amministrativo assunsero un peso rilevante, affermandosi prima come studi sull'amministrazione e sul suo controllo [Goodnow 1902], per divenire successivamente una branca autonoma del diritto pubblico tanto in Europa, quanto negli Stati Uniti [Jacobini 1991, 2] e, dunque, una autonoma materia di insegnamento. Gli studi di *diritto amministrativo comparato* sono stati dedicati a temi classici come, ad esempio, l'azione dei pubblici poteri, il procedimento, la giustizia amministrativa oppure la responsabilità, rinviandosi l'approfondimento della parte metodologica alle più ampie opere di diritto amministrativo generale.

### 3. IL MESTIERE DEL COMPARATISTA

---

Quando si usa l'espressione «comparatista» non sempre ne è chiaro il significato, come potrebbe accadere dinanzi a professioni e mestieri diversi: il medico, l'ingegnere, il chimico, ecc. Di che mestiere si tratta? Che cosa fa, in concreto, chi compara? Affinità possono essere rinvenute, ad esempio, nell'attività di geografo. Le suggestioni storico-comparatistiche evocate da Wigmore [1936] e dalle sue cartine geografiche, elaborate per illustrare agli studenti americani i principali sistemi giuridici del mondo, indicano una

straordinaria affinità fra il comparatista e il geografo, impegnato a disegnare carte e mappe per favorire la conoscenza di luoghi non noti. Questa affinità ben si presta a definire l'attività di *macrocomparazione*, che riguarda ordinamenti considerati nel loro complesso. Per quanto concerne, invece, la *microcomparazione*, svolta con riferimento a singoli settori, istituti o componenti di un ordinamento, il mestiere che sembra più vicino è quello di chi conduce indagini poliziesche, come ci possono suggerire le letture dei racconti che accompagnano le vacanze di molti di noi.

I dizionari più recenti riportano definizioni come «studioso che applica il metodo comparativo». L'espressione sta a indicare un *modo di essere del giurista*, che si occupa di mettere in relazione parti di ordinamenti giuridici. Per fare ciò è necessario che il ricercatore sia avvezzo allo studio dei sistemi normativi, «per educazione e per professione» [Bognetti 1994, 12], attraverso una solida esperienza all'interno di un ordinamento nazionale. Non è necessario che si conosca prima uno oppure l'altro degli ordinamenti o degli istituti da comparare; infatti, conoscere un ordinamento straniero meglio del proprio consente, in molti casi, di avere una buona prospettiva per conoscere, comprendere, il diritto interno [Zeller 2000, 122] e nulla impedisce che siano studiati simultaneamente.

Ciò non appare, tuttavia, sufficiente perché, al fine di procedere a una comparazione, sarà necessario mettere in connessione, da parte del ricercatore, un formante (una regola, una proposizione dottrinale, ecc.) di un ordinamento con un formante appartenente a un altro ordinamento giuridico (cfr. *infra*, cap. IV, par. 1). È stato efficacemente osservato che il comparatista, mentre descrive strutture giuridiche e concetti generali, «elimina i connotati extragiuridici degli enunciati non interpretati e li identifica in uno spazio continuo di varianti» [Pfersmann 2001, 287]. A consentirgli di raggiungere questi risultati sarà spesso la sua passione per la *storia*. Vorrei richiamare, in proposito, le considerazioni di Paolo Grossi, secondo cui

il diritto si manifesta attraverso un universo di segni che sono i mille istituti della organizzazione e della circolazione giuridica, cùspidi affioranti di un enorme universo sommerso di valori storici, appunto il sostrato della mentalità; adozioni e tutele, vendite e locazioni, testamenti e donazioni,

debbono essere sottoposti dallo storico del diritto a una duplice lettura, che chiarisca, liminalmente, l'invenzione tecnica, il congegno tecnico chiamato a regolare aspetti determinati della vita sociale, ma che non può arrestarsi a questo livello formale; la conoscenza avveduta delle tecniche poste in essere da legislatori, giudici, notai, dottori, privati deve essere intesa come lo strumento per scendere più a fondo e più addietro, è l'indispensabile premessa per cogliere quel reticolato non scritto ma presente e pressante che è il terreno delle mentalità giuridiche [Grossi 2003, 6].

Un'altra operazione abbastanza comune nei giuristi non avvezzi alla comparazione è quella di utilizzare nomi di concetti, così come sono stati individuati dalla dottrina nazionale, cercando di «naturalizzare» i dati dei sistemi giuridici utilizzati, a differenza dei comparatisti che, invece, considerano la regola presente in un ordinamento come una delle regole possibili, depurandola del (presunto) carattere di esclusività. Ciò porterebbe ad escludere che compito del giurista possa essere quello di studiare soltanto dall'interno di un ordinamento giuridico, proprio perché quest'ultimo, essendo costituito da un insieme di valori normativi, è in continuo movimento, a prescindere dalle formule verbali che sono state utilizzate [Bognetti 1994, 22].

Non posso valutare se le considerazioni fin qui svolte, fra «l'essere» e «il dover essere» del comparatista, siano chiare ai destinatari di questo volume; spero, tuttavia, che le stesse siano maggiormente comprensibili dopo la lettura del terzo capitolo, dedicato alla percezione e alla ricerca dei formanti.

Durante la raccolta e il riordino degli appunti, ho constatato che essi riportavano date di lezioni, fogli di taccuino, annotazioni le più diverse e disegni. Mi sono venute in mente alcune belle pagine di Lupoi sul «profilo del comparatista» e quella sua convincente proposizione che «la comparazione giuridica è un viaggio» e «il comparatista è un viaggiatore. Egli viaggia per poi tornare. Egli viaggia per poi raccontare. Egli viaggia per capire se stesso e gli altri» [Lupoi 2001, 15]. Alcune delle pagine lette lasciavano percepire questo stato d'animo: pagine destinate a «non registrare i fatti del passato, ma a far succedere le cose nel futuro» [Auster 2003, 37].

Di questo itinerario devo ringraziare, soprattutto, i miei studenti. In questo libro ci sono delle figure – illustrazioni di viaggio – che a loro credo siano piaciute: alcune note, altre meno note. Fanno parte del «racconto» di viaggio. A una in particolare sono legato; viene da un *caleidoscopio* – un gioco infantile – proposto negli anni Quaranta da Wigmore (fig. 1). Mi ha accompagnato dalle prime pagine alla conclusione di questo libro e mi sento di inserirla nel «racconto» [Wigmore 1941].

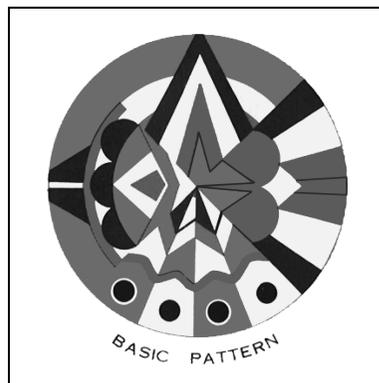


fig. 1.

#### 4. LA STRUTTURA DEL LIBRO

Il volume è diviso sostanzialmente in due parti: la prima attiene alla storia e alla metodologia del diritto comparato, mentre la seconda individua alcuni temi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo comparato, spesso utilizzati nei corsi universitari. Nel primo capitolo, vengono brevemente descritte le *origini della comparazione giuridica*, mentre sul versante più strettamente metodologico, il capitolo secondo si occupa delle *finalità della comparazione giuridica*, sia sul versante teorico che su quello pratico. Particolare importanza sarà data, nel capitolo terzo, al rapporto fra percezione e *oggetto della comparazione*. Si è ritenuto di utilizzare alcune proposizioni wittgensteiniane, basate anche su immagini, per descrivere la teoria dei formanti; sotto il profilo metodologico, gli studenti tanto italiani che stranieri – i quali hanno assistito alle lezioni su questo argomento – hanno manifestato, in gran numero, un atteggiamento di apertura, che ha sicuramente facilitato l'apprendimento di temi complessi, come, ad esempio, la «scomposizione dei formanti» (cap. III, par. 2.2).

Il quarto capitolo è dedicato al *metodo della comparazione giuridica*. Sono state affrontate classiche tematiche come, ad esempio, la scelta del metodo di

analisi, la definizione di una ipotesi di ricerca comparatistica, la comparabilità e le condizioni della comparazione, il *tertium comparationis*, la circolazione dei modelli e i trapianti giuridici, i risultati della comparazione. Nel capitolo quinto, sono brevemente enunciate *le relazioni fra linguaggio e comparazione giuridica*, con particolare attenzione ai temi della traduzione dei testi giuridici, della circolazione attraverso l'uso di segni linguistici e dell'interpretazione del loro significato.

Il sesto e ultimo capitolo del volume richiama sinteticamente alcuni classici temi studiati nei corsi di diritto pubblico comparato, costituzionale e amministrativo. Le Conclusioni ritornano all'immagine di partenza, con le rotazioni del «caleidoscopio» di Wigmore.

Nel corso di questo itinerario ho contratto molti debiti. Ringrazio, in modo particolare, gli amici e colleghi Lucio Pegoraro e Angelo Rinella, per avermi introdotto in questi anni alla metodologia comparatistica – e con i quali ho contratto debiti non colmabili – per le osservazioni critiche alla prima versione del testo. Per analoghe ragioni ringrazio Francesco Palermo, che ha accettato di leggere il manoscritto, in un momento per lui particolarmente importante. Rivolgo un sentito ringraziamento ai colleghi Otto Pfersmann – il cui incontro a Trieste, nel marzo 2006, è stato ricco di continui stimoli e suggestioni – e Antonio Porras – con il quale ho discusso a Siviglia di questa idea nel maggio dello stesso anno –, cui debbo molti spunti e, in particolare, per il capitolo terzo, su *Percezione e oggetti da comparare*. Per ragioni di tempo, non ho potuto tenere conto, nella stesura finale, di tutte le osservazioni critiche al testo, che mi riprometto di valorizzare in un momento successivo, assumendomi la responsabilità di eventuali errori. Ringrazio anche la Northwestern University per le preziose informazioni sul «caleidoscopio» ideato da Wigmore e, infine, Daniela Bonato, della Società editrice il Mulino, per aver sostenuto, sin dall'inizio, l'idea dei miei studenti più bravi di pubblicare questi appunti.

# Origini e sviluppo del diritto pubblico comparato

## 1. STORIA E COMPARAZIONE GIURIDICA

---

Chiunque si interessi di comparazione giuridica sviluppa un legame intenso con la *storia*. *History involves Comparison*, secondo il famoso detto del padre degli storici inglesi, Frederic William Maitland (1850-1906), ma potrebbe essere vero il contrario (*Comparison involves History*), giacché il comparatista guarda istintivamente con gli occhi di uno storico. Il diritto dovrebbe rappresentare per lui qualcosa di concreto, un fatto storico, che, al di là di classificazioni e concettualizzazioni, deve essere guardato con libertà, senza pregiudizi, tanto se si tratti del diritto «nostrano», quanto del diritto straniero. In questa prospettiva devono essere considerati soltanto come fatti storici esperienze culturali come il concettualismo, la dogmatica o la pandettistica e analogo atteggiamento dovrebbe avere il giurista proveniente da aree di *common law* [Gorla 1964, 932].

La conoscenza del diritto che non voglia essere superficiale «presupporrà il gusto per l'indagine storica e una sensibilità speciale per tutto ciò che è sviluppo ed evoluzione nella storia» [Bognetti 1994, 26]. Sin dalle origini della scienza comparatistica, erano state espresse forti critiche al proliferare di studi legislativi comparati disgiunti da analisi storiche [Amari 1857a, 34] e analoghe censure sembrano cogliersi anche in tempi recenti, in relazione a scritti di carattere generale, in cui i riferimenti storici sono inseriti «come un oppello privo di funzionalità» [Lombardi 1986, 10].

La comparazione, tuttavia, si *distingue* dalla *storia del diritto*, «in quanto la storia si interessa di ciascun fatto storico (ciascun diritto come fatto storico) per se stesso. E questo fatto storico può essere sia ciò che per la comparazione è uno dei termini (ad esempio il diritto francese o quello italiano), sia ciò che per la comparazione è l'unità comune come ipotesi di lavoro (ad esempio, il diritto continentale di origine romanistica)». Questa distinzione non esclude che storia e comparazione siano contigue. Così, se, da una parte, non si può pienamente comprendere un fatto storico senza porlo in relazione con altri, in prospettiva diversa non si può realmente comprendere ciascun termine della comparazione senza conoscerne la storia, almeno quando sia necessaria all'analisi comparatistica [Gorla 1964, 930].

Quando il comparatista si muove alla ricerca dei formanti, è, tuttavia, ben consapevole che «la storia, staccata dal documento vivo e resa cronaca, non è più un atto spirituale, ma una cosa, un complesso di suoni o di altri segni. Ma anche il documento, staccato dalla vita, è nient'altro che una cosa, un complesso di suoni o di altri segni» [Croce 1943, 12].

## 2. ALLE ORIGINI DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA

---

La storia del diritto comparato è stata divisa in alcuni *periodi* temporali, soprattutto con riferimento all'esperienza europea e americana, distinguendo fra le *origini* – rinvenibili nel mondo antico, nel Medioevo, nel Rinascimento, nel XVII e XVIII secolo [Hug 1932, 1027] – e lo *sviluppo*, con riferimento al XIX secolo, in cui il diritto comparato si caratterizzò per la sistematicità nell'impiego del metodo e l'aspirazione a divenire una scienza autonoma [Constantinesco 1971, 63]. Le testimonianze di interesse per il *diritto straniero* sono frequenti e sono state spesso richiamate negli studi a carattere comparatistico degli autori meno recenti. Tuttavia, soltanto dopo «un lento *processo di maturazione*, un cambiamento della struttura degli ordinamenti e della concezione del diritto», furono poste le basi per l'esistenza della scienza comparatistica [*ibidem*, 46]. Le tracce che gli storici del diritto e i romanisti hanno individuato sono di particolare utilità per comprendere le condizioni spirituali in cui questa maturazione è avvenuta. Oltre alla classificazione qui seguita, merita, pertanto, di essere segnalata quella che periodizza l'evolu-

zione storica del diritto comparato distinguendone i *precursori*, gli *iniziatori* e, infine, i *comparatisti* [De Sola Cañizares 1954, 50].

## 2.1. Il periodo antico

La comparazione di regole e diritti ha origini lontane. Il primo periodo – il *mondo antico* – ebbe inizio con l'affermarsi di leggi considerate superiori per il prestigio che le circondava e per il fatto di essere imitate o trapiantate [Hug 1932, 1029].

Appare verosimile che i più noti legislatori dell'Antichità, come Licurgo a Sparta (750 a.C.) e Solone ad Atene (594 a.C.), avessero, attraverso i viaggi, studiato e confrontato le istituzioni di altri Paesi, analogamente a quanto avevano fatto i decemviri romani, redattori delle *Dodici Tavole*, che avevano tenuto presente, oltre all'opera di Licurgo e Solone, anche altri legislatori, come Zaleuco a Locri (660 a.C.), Dracone ad Atene (620 a.C.), Caronda a Catania (550 a.C.) e Gortina a Creta (500 a.C.). Nessuna delle legislazioni antiche ebbe, tuttavia, l'importanza della legge delle *Dodici Tavole*, che divenne un modello conosciuto in molti Paesi, a differenza di altri codici di età precedente [Sumner Maine 1861, 2].

Queste antichissime legislazioni costituirono prevalentemente regole di carattere morale e la loro finalità fu piuttosto «il trionfo pratico del diritto assoluto» [Amari 1857b, 139], che non il convincimento di utilizzarle in raffronti comparativi nel senso in cui, oggi, possiamo intenderli. Come è stato acutamente osservato,

storici e poeti, sebbene primi raccoglitori di legislazioni comparate, non solo non ci annunciano nulla di generale, e però di scientifico, ma neppure uno scopo speciale pratico se ne toglie la vaga intenzione comune di soddisfare alla curiosità sì viva negli uomini di conoscersi a vicenda. [...] Così verrà un giorno che un verso di Omero, o una parola d'Erodoto servirà, non più come una singolarità di legge antica, ma come documento a provare un diritto importante, e popoli e famiglie gl'invocheranno, come articoli d'un codice venerato [Amari 1857a, 70].

Non è sicuramente proponibile l'idea di ripercorrere, in spazi limitati, le tracce più antiche del sorgere di una scienza del diritto comparato giacché

molte di esse possono ritrovarsi nelle opere di storici del diritto e nei materiali rinvenuti nelle università più antiche, come Bologna, Parigi, Montpellier e Oxford con riferimento ai primordi della comparazione e agli studi destinati all'insegnamento. In molti scritti di teoria generale e a carattere storico vi sono, tuttavia, precisi riferimenti all'interesse manifestato nell'Antichità per i diritti stranieri.

Per tale ragione, sono frequenti negli autori meno recenti i richiami al *Dialogo delle leggi* o al *Timeo* di Platone oppure alla *Politica* di Aristotele, per le narrazioni di viaggi e comparazioni fra norme e costituzioni dei più celebri Stati dell'Antichità – fra cui Creta, Atene, Sparta, ecc. –, ma

di principii generali, e di un sistema di verità concatenate intorno alle modificazioni richieste alle condizioni proprie dei popoli, non esisteva né anche il pensiero. Tutto era affidato alla fortuna d'un certo qual tatto legislativo, e ad una ispirazione quasi divina; al viaggio di esperienza legislativa precedeva o seguiva il viaggio all'Oracolo di Delfo [Amari 1857a, 150].

Altri «cultori» del «diritto comparato» nell'antica Grecia sono stati ritenuti Dicearco da Messina (350-290 a.C.), Timeo di Tauromenio (356-260 a.C.) e Teofrasto di Ereso (372-287 a.C.) [Fontana 1938, 8]. L'interesse per il diritto straniero rimase vivo nei giureconsulti romani sino alla *Constitutio antoniniana* (212 d.C.), con cui fu esteso l'ambito di applicazione del diritto romano a tutti i sudditi, eliminando conflitti tra fonti o pluralità di sistemi giuridici e lo stesso interesse per lo studio e l'elaborazione del diritto di altri Paesi.

Non si può, tuttavia, affermare che, sino alla *Constitutio* del 212 d.C., vi fosse stata comparazione di leggi, attraverso una qualche metodologia scientifica, e lo stesso *ius gentium*, creato dal *Pretor peregrinus* – che si occupava delle controversie fra gli stranieri oppure fra gli stranieri e i cittadini romani – era «il risultato empirico della pratica amministrativa per adattare il diritto anche a chi non fosse cittadino romano» [Sarfatti 1933, 2]. Se, poi, lo *ius gentium* fosse stato il risultato di una comparazione con i diritti stranieri, è difficile stabilirlo, soprattutto, tenuto conto che la struttura sociale presso cui il diritto romano venne applicato, lasciava uno spazio limitato allo studio e alla conoscenza dei diritti stranieri [Constantinesco 1971, 46; Rotondi 1972, 776].

La sua complessa evoluzione portò ad assimilarlo allo *ius naturale*, e venne definito in alta epoca imperiale come il diritto «*quod naturalis ratio constituit*», oppure «*quo omnes gentes utuntur*» [cfr. Hug 1932, 1033].

L'unico raffronto di leggi, ritenuto da qualche autore «un lavoro sistematico di comparazione», fu la *Collatio legum Romanorum et Mosaicarum* – compilazione di frammenti di Paolo, Ulpiano, Papiniano, Modestino e altri, probabilmente del IV secolo d.C., messi a confronto con norme della legislazione mosaica, con la finalità di dimostrare la compatibilità del diritto romano alle prescrizioni della Bibbia [Sherman 1917, 111; Hug 1932, 1033; Sarfatti 1933, 2], giustificando, al contempo, il diritto dei giuristi e degli imperatori pagani alla nuova religione [Kunkel 1972, 200]. Tuttavia, pur trattandosi del primo tentativo di elaborazione di uno studio giuridico comparativo, la sua importanza fu, sempre, molto esagerata [De Sola Cañizares 1954, 51].

---

## 2.2. Il Medioevo

Il secondo periodo considerato da Hug, nella sua *Storia del diritto comparato*, si estende per tutto il Medioevo, dalla caduta dell'impero romano d'occidente (476 d.C.) – da cui ebbe inizio «l'età creativa del diritto italiano» [Solmi 1930, 8] – sino al Rinascimento. Nonostante vi fossero condizioni favorevoli alla circolazione di diritti e consuetudini eterogenee e allo studio di queste fonti – date dal sovrapporsi di vari sistemi giuridici e dalla necessità di superare le antinomie scaturite dal *principio della personalità della legge* [Fontana 1938, 9] – l'assenza di studi a carattere legale, organizzati in forma stabile, impedì lo svolgimento di attività di comparazione, come era invece accaduto, sia pure in forma primordiale, nel periodo antico. Trascorsero diversi secoli, prima di poter rinvenire opere di carattere comparativo. Le invasioni barbariche avevano, tuttavia, prodotto un interesse per i diritti dei conquistatori, sia sotto il profilo pratico – per le antinomie derivanti dalla coesistenza di questi diritti con il diritto romano –, sia sotto quello teorico, soprattutto per merito dell'armonizzazione del diritto longobardo alla tradizione romana, ad opera della Scuola di Pavia. Il diritto longobardo fu applicato per lungo tempo nei Paesi del Mezzogiorno, divenendo diritto terri-

toriale a Benevento, Capua, Salerno e nelle Puglie, nonostante l'opposizione manifestata dai dottori fedeli alla tradizione romanistica [Rotondi 1972, 777]. Soprattutto, nella pratica, furono *comparati i principi del diritto longobardo con quelli del diritto romano*, come dimostrarono le opere del beneventano Carlo di Tocco, Maestro a Bologna (vissuto tra il XII e il XIII secolo) – cui si deve la famosa glossa alla *Lombarda* (1215), che divenne un modello di riferimento nelle scuole e nei tribunali d'Italia [Calasso 1954, 552]; Andrea Bonello da Barletta, che scrisse un piccolo trattato per ridurre al minimo l'uso del diritto longobardo, in cui mise, soprattutto, in evidenza le differenze, *De differentiis inter ius Langobardorum et Romanorum* (1265), e, verso la metà del Trecento, Biagio da Morcone, che pubblicò un'opera dello stesso titolo, senza, tuttavia, alcuna fortuna [*ibidem*, 552].

L'insegnamento e lo sviluppo del diritto – e, dunque, anche il diffondersi di attività di comparazione – furono strettamente legati al sorgere delle università, che rappresentarono «una delle creazioni più originali e feconde della civiltà occidentale nel medioevo» [Verger 1999, 70].

In particolare, per quanto riguarda l'insegnamento del diritto, può essere ricordato come le università italiane – e, soprattutto, le scuole di Bologna, Padova e Pisa – furono oggetto di forte richiamo per chierici e laici provenienti da altri Paesi che desideravano partecipare alle lezioni dei maestri di giurisprudenza. Furono queste università a promuovere lo studio del diritto romano e del diritto canonico. Tuttavia, a seguito della bolla *Super speculum* del pontefice Onorio III, dopo il 1219 fu autorizzato il solo insegnamento del diritto canonico.

In Germania ebbe molta importanza, per il processo di circolazione dei diritti stranieri, la più antica opera della letteratura giuridica tedesca del Medioevo, una trattazione generale del diritto sassone, conosciuta con il nome di *Sachsenspiegel*, pubblicata fra il 1224 e il 1235. Il *Sachsenspiegel* (*Specchio sassone*) fu scritto da Eike di Reppgau ed era diviso in due parti (*Landrecht* e *Lebenrecht*). L'opera si diffuse rapidamente in tutta la Germania, e in Europa, e, nel XIII secolo, fu tradotta in latino ed utilizzata per comparare il diritto tedesco con i diritti stranieri, come fece il primo glossatore del *Sachsenspiegel*, Giovanni di Buch. In Germania, la recezione del diritto straniero nella pratica avvenne attraverso l'opera dei giuristi accademici incaricati della compilazione di leggi e di codici. In epoca successiva, nelle università tedesche furono

chiamati professori stranieri e, in modo particolare, dopo la Riforma, molti giuristi italiani e francesi dovettero rifugiarsi in Germania.

Gli *Studia generalia* operanti sino al 1346 furono quelli di Bologna, Parigi, Montpellier, Cambridge, Salamanca, Padova, Napoli, Vercelli, Tolosa, Lisbona e Lérida (della Curia pontificia). Successivamente, sorsero in Europa altre università dove furono insegnati il diritto romano, il diritto canonico e il diritto feudale, come a Praga, fondata da Carlo V nel 1348, Vienna nel 1356, Heidelberg nel 1386, Colonia nel 1388 ed Erfurt nel 1392.

Si può, qui, sinteticamente ricordare come la struttura degli *studia* universitari avesse in Europa caratteri differenti. Nel sud prevaleva il modello bolognese, dove veniva insegnato il diritto civile e il canonico [Le Goff 1957, 77], mentre nel nord Europa, era prevalente il modello parigino, che fu imitato anche a Oxford e Cambridge, e si caratterizzò per l'insegnamento, fra le materie giuridiche, soprattutto del diritto canonico. Il diritto romano fu messo al bando a Parigi nel 1219, mentre in Inghilterra l'evoluzione del *common law* aveva fatto perdere l'interesse per lo studio di questo diritto [Verger 1999, 73].

Giova ricordare come il «diritto comune» del Quattrocento, del Cinquecento e del Seicento fosse stato caratterizzato da un insegnamento universitario del diritto 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. L'uso della lingua, e la comune formazione metodologica, raggiunta con gli studi preparatori universitari, fecero sì che l'insegnamento del diritto nell'Europa centrale e occidentale avesse caratteri omogenei [Hespanha 1999, 69].

Fino all'inizio del XV secolo, vi fu nelle università più grandi un rinnovamento delle discipline di insegnamento giuridico, soprattutto nelle università italiane – sulla scia delle opere di Giovanni d'Andrea, Bartolo di Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi – e a Tolosa. La fama di Bartolo fu tale che a Padova venne istituita una cattedra dedicata alla Glossa d'Accursio e a Bartolo, mentre in Spagna e Portogallo venne decretato per legge che, nelle ipotesi di divergenze fra gli interpreti, dovesse sempre prevalere l'*opinio Bartoli* [Calasso 1954, 573; Rossi, L. 1917, 23].

Questi giuristi, prendendo in considerazione per la prima volta i diversi diritti (romano, canonico, feudale e gli statuti delle città), contribuirono, da

una parte, alla unificazione del diritto e al suo adattamento ai bisogni normativi dell'ultima parte del Medioevo e, dall'altra, favorirono la circolazione e lo studio di esperienze a base consuetudinaria e, dunque, il sorgere di problemi di comparabilità fra modelli circolanti in Europa. Questi modelli, nel corso di due secoli, giunsero all'eccesso di sradicare completamente il diritto nazionale in Germania, sostituendovi, senza motivo, il diritto straniero, solo perché era straniero [de Sartori-Montecroce 1908, 360].

In Inghilterra, il diritto canonico, applicato nelle corti ecclesiastiche, influenzò significativamente gli scritti di Ranulfo di Glanville († 1190) e, successivamente, di Henry de Bracton (1216-68). Le opere di Glanville e Bracton tradivano l'interesse degli autori per lo sviluppo del diritto in Inghilterra, piuttosto che un vero interesse per il diritto romano [Pollock e Maitland 1898, 207]. Poco dopo la metà del XV secolo, Sir John Fortescue (1394-1476) scrisse, fra il 1463 e il 1471, la prima opera comparativa dal titolo *De laudibus legum Angliae* – pubblicata nel 1537 – in cui vennero messi a confronto i diritti inglese e francese. Tuttavia, per quanto Fortescue sia stato definito il *primo comparatista*, la comparazione fra le istituzioni giuridiche inglesi e il diritto continentale francese all'epoca era priva dei caratteri di metodicità che è stato possibile riscontrare nei comparatisti del XIX e XX secolo. Fortescue – che fu esiliato in Francia, in Lorena, con la famiglia Lancaster dopo la battaglia di Towton del 1461 – era presidente di corte e, di conseguenza, conosceva bene le proprie istituzioni, quando le comparava con quelle francesi (giurisdizionali, politiche e giuridiche) – che pure aveva studiato durante l'esilio – sotto forma di dialogo fra il principe, di cui egli era divenuto educatore, e il suo cancelliere. Quest'opera esercitò una grande influenza su importanti studiosi, come, ad esempio, Montesquieu [Constantinesco 1971, 50].

Per quanto riguarda l'insegnamento del diritto, si può ricordare che, a seguito della nascita, intorno alla metà del XV secolo, delle *Inns of Court* – scuole di diritto nate a Londra, anziché nelle sedi universitarie di Cambridge e di Oxford –, una parte dei futuri giudici e avvocati venne iniziata in queste scuole allo studio del *common law* e del diritto consuetudinario utilizzato nelle corti inglesi. Così, pur restando intatto il prestigio delle istituzioni accademiche, venne a diversificarsi l'offerta formativa nelle materie giuridiche.

Si può, ancora, osservare come gli studi svolti fra i diritti nazionali e il diritto canonico o quello romano – o, ancora, fra gli istituti che confluirono nei diritti nazionali, in Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda, Spagna – furono considerati di *comparazione interna*, per le limitate conoscenze giuridiche degli autori, ma, soprattutto, per la mancanza di una percezione e di un'idea definita del proprio diritto [cfr. Paumier 1902, 33; Lambert 1903, 50; Sauser-Hall 1913, 23; Hug 1932, 1044; Sarfatti 1933, 9; Fontana 1938, 10], a differenza delle successive opere, definite di *comparazione esterna*, caratterizzate da un'evoluzione del metodo e della conoscenza dei diritti stranieri. Per merito della scolastica medievale, il diritto romano e quello canonico si affermarono completamente nel continente europeo, escludendo, così, qualunque esigenza di studi comparativi. Tanto il diritto romano, quanto quello canonico, piuttosto che diritti stranieri, erano considerati «autentiche componenti di quello nazionale» [Constantinesco 1971, 47].

Una riforma dell'insegnamento giuridico si ebbe nel Cinquecento ad opera dei giuristi della scuola umanistica particolarmente attivi in Francia – come Jacques Cuias, François Hotman, Hugues Doneau, François Duaren –, i quali furono favoriti dalla crescente affermazione dei diritti nazionali. L'obiettivo della riforma fu principalmente quello di costruire una sistematizzazione del diritto romano, che presupponesse la combinazione dello studio giuridico con quello storico: fu, così, sottoposto a critica il diritto romano giustiniano, in nome di un diritto romano classico [Van Caenegem 1987, 58].

L'umanesimo giuridico si affermò stabilmente in quelle regioni dell'Europa in cui vi fu un diritto nazionale sufficientemente ricco da regolare le principali questioni giuridiche che si ponevano all'interprete. Ciò accadde principalmente in Francia e in Olanda, mentre nel resto dell'Europa la tradizione romanistica continuò a disciplinare vaste aree della vita sociale e, in modo particolare, del diritto privato.

---

### 2.3. Il Rinascimento

Nel XVI secolo si produsse in Europa un movimento di studi in materia giuridica che modificò l'atteggiamento verso il diritto romano, con l'abbandono dell'interpretazione basata sull'*opinio Bartoli* e il fiorire, soprattutto in

Germania e Francia, di scuole di giuristi nazionali che svilupparono il diritto consuetudinario con metodo scientifico, attraverso una comparazione sistematica e la produzione di numerose opere di comparazione fra il diritto proprio e quello romano [Hug 1932, 1040].

In Germania, l'*usus modernus Pandectarum* mise in discussione la vigenza del diritto romano, contestandone il fondamento teorico, e cioè la *translatio imperii*. In buona sostanza, non fu più accettata una recezione teorica del diritto romano, secondo la quale gli imperatori tedeschi sarebbero stati i successori di quelli romani, ma soltanto una recezione pratica, nella misura in cui i tribunali avrebbero applicato il diritto romano.

Le conseguenze di questa recezione furono sostanzialmente tre: un rinnovato interesse per la storia giuridica nazionale; una grande attenzione, sul piano teorico e pratico, al diritto proprio di ogni Paese, che divenne oggetto di costruzione dogmatica; un maggior adeguamento dell'insegnamento del diritto alla nuova realtà nazionale. L'*usus modernus* consentì, peraltro, di mettere in evidenza le differenze fra il diritto romano e il diritto sassone, attraverso le raccolte di Reinhard (1549-51) e Fuchs, di epoca successiva – che furono ripubblicate molte volte nella versione revisionata nelle facoltà giuridiche di Wittemberg e Lipsia – e il Trattato del Busius (1570-1617), *Commentarius in Universas Pandectas Domini Justiniani, cum differentiis Consuetudinum Communium, et Germaniae, Galliae, Belgicae, Singularium, Juris Canonici* (1608-14), in cui furono commentate, partendo dalle regole del diritto romano e canonico, le consuetudini vigenti non solo nei territori germanici, ma in tutto il continente europeo.

Nonostante l'opposizione in ambito universitario per l'istituzione di cattedre ordinarie, vennero attivati in molti centri dell'Europa centrale piccoli corsi di diritto nazionale. Se, dunque, in epoca precedente, la ricerca dei diritti stranieri aveva, come nel caso della Germania, in parte oscurato il diritto interno, nel XVI secolo si affermò l'opposto orientamento di rendere compatibile il diritto romano con nuovi diritti comuni dei regni. Questa tendenza si sviluppò, oltre che in Germania, anche nelle grandi monarchie dell'Europa meridionale e occidentale e negli Stati italiani.

In Inghilterra, una serie di fattori aveva contribuito a porre i giuristi in una situazione favorevole alla comparazione. Il carattere del *common law* si era manifestato venendo a contatto con i diritti stranieri e molto presto i

giuristi anglosassoni percepirono le differenze fra il proprio sistema e i diritti romano e canonico, anche se motivi di ordine politico portarono sempre gli inglesi a diffidare dei diritti stranieri e a difendere il proprio, stante la ferma convinzione che lo spirito del diritto comune inglese fosse incompatibile con la teoria del diritto civile oppure con il diritto romano che vigeva negli altri Paesi [Constantinesco 1996, 49]. Un altro carattere negativo della comparazione, peraltro visibile in alcune esperienze di comparazione apologetica, è dato dal fatto che gli inglesi utilizzavano la comparazione con i diritti stranieri principalmente con la finalità di combatterli. In ogni caso, fino a che il diritto romano mantenne la sua influenza in Inghilterra, vi fu poco spazio per la comparazione.

Già dopo la metà del XV secolo, Sir John Fortescue (1394-1476) scrisse, fra il 1463 e il 1471, la prima opera comparativa, dal titolo *De laudibus legum Angliae*, in cui vennero messi a confronto il diritto inglese e quello francese.

Il carattere embrionale dell'approccio comparatistico era rinvenibile anche nella successiva opera *The Governance of England*, dove la comparazione presentò caratteri essenzialmente apologetici.

Sul piano della didattica, va ricordata l'importante opera del 1523 di Christopher Saint-Germain (1460-1540), *Doctor and Student*, che rimase la principale trattazione di taglio comparatistico, sui rapporti fra *common law* e diritto canonico, fino agli scritti di Blackstone. Nonostante le critiche sotto il profilo storico e metodologico, Saint-Germain dimostrò di conoscere bene i sistemi oggetto di comparazione [Hug 1932, 1043] ed ebbe il merito di fare conoscere l'*Equity* al tempo dei Tudor. Sino alla fine del XVII secolo fu, peraltro, sviluppato lo studio del diritto straniero con la precipua finalità di contrastarne la circolazione, ma ciò fu possibile proprio perché gli inglesi studiarono il diritto con una prospettiva, sia pure empirica, di comparazione.

In Francia, si sviluppò agli inizi del XVI secolo il diritto consuetudinario e la comparazione riguardò il diritto romano e il diritto consuetudinario tedesco, e questa evoluzione determinò la fine del Bartolismo. In Spagna, invece, l'ibridazione fra diritto romano e germanico fu anticipata dalla pubblicazione della c.d. *Legge in sette parti (Siete Partidas)* del 1265, voluta da Alfonso X di Castiglia, con cui venne codificato il diritto castigliano sulla base del diritto romano. Il testo venne studiato nelle più antiche università spagnole [Koschaker 1958, 250], cui fecero seguito, nel XVI secolo, altri volumi

di comparazione fra il diritto romano e il diritto indigeno, soprattutto dopo la scoperta del Nuovo Mondo. Famose furono le opere di Gregorio García, *Origen de los indios de el nuevo mundo e Indias Occidentales* (1604) di Martínez de Olano, *Antinomia Juris Hispanorum et Civile*, in cui vennero comparati usi e consuetudini dei popoli che gli spagnoli trovarono nel loro percorso di colonizzazione con il diritto spagnolo e il diritto ebraico [Hug 1932, 1041].

---

#### 2.4. Il XVII e il XVIII secolo

In questo periodo vi fu una grande diffusione del metodo comparativo, soprattutto in Inghilterra, come anche in Francia, in Germania e, successivamente, in Svizzera, per merito dell'elaborazione di un «diritto comune» da parte dei giuristi dell'epoca [Constantinesco 1971, 51].

I giuristi forensi continentali, ma anche quelli appartenenti alla famiglia di *common law*, utilizzarono frequentemente la comparazione tra il XVII e il XVIII secolo, con la finalità di ricercare concordanze tra i diritti di diverse regioni o Paesi e costituivano la cosiddetta *communis opinio o praxis totius orbis (totius Europae)*, cui si attribuiva una grande importanza nella soluzione dei casi giudiziari controversi [Gorla 1988, 12]. Tale prassi assunse maggiore evidenza soprattutto quale conseguenza del frazionamento di alcuni territori dell'Europa – come nel caso dei Principati tedeschi o degli Stati italiani –, che finirono per divenire troppo piccoli, sia per sviluppare una legislazione sufficiente a costituire un modello esportabile, quanto per una sistematizzazione dottrinale di respiro internazionale [Rivero 1969, 200].

In questo periodo, in Inghilterra, grazie allo sviluppo della stampa e alla circolazione dei volumi, i giuristi ebbero maggiori strumenti per indirizzarsi allo studio del diritto di altri Paesi. Fra le prime opere con una prospettiva comparatistica, può essere ricordato il dialogo scritto da William Fulbecke (1560-1603), agli inizi del XVII secolo, per comparare il *common law* con il diritto romano e quello canonico, *A Parallel or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law* (1602), che, tuttavia, non ebbe un grande successo, come dimostrò il fatto che non fu ristampato. Anche se migliore sorte toccò a opere successive, in questo periodo l'affermarsi della

Scuola del diritto naturale e il suo metodo impedì, quasi generalmente, la promozione di studi comparativi. Fra le eccezioni, vi furono, da una parte, Francesco Bacone (1561-1626), profondo conoscitore del diritto e dotato di forte slancio ideale [Hug 1932, 1045], il quale propose, con il suo *De dignitate et augmentis scientiarum* (1623), un modello di giustizia universale che avrebbe prodotto, in ogni Paese, il miglioramento del diritto e, dall'altra, Leibniz (1646-1716), che riportò l'attenzione su questi temi dopo circa quarant'anni, con la pubblicazione dell'opera *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667), in cui, fra l'altro, auspicò il rifiorire degli studi giuridici in una prospettiva storica e comparativa.

Dopo l'approvazione dello *Union Act*, Re Giacomo I, con lo scopo di unificare il diritto inglese e quello scozzese, si rivolse a Bacone per un consiglio e questi formulò l'interessante proposta – peraltro, mai realizzata –, diretta ai giuristi di entrambi i Paesi, di formulare le regole giuridiche di ciascun Paese su due colonne parallele, in modo da consentire una comparazione, soprattutto per differenze.

Un altro giurista inglese che si interessò, in modo particolare, al diritto straniero fu John Selden (1584-1654). A differenza di Bacone, che fu fra i primi *common law lawyers* ad occuparsi di principi giurisprudenziali, Selden ebbe una forte attrazione per la storia del diritto, di cui fu un profondo e stimato conoscitore [*ibidem*, 1047]. In particolare, i suoi studi furono indirizzati a mettere in luce l'influenza del diritto romano sul diritto inglese, come nelle opere *De diis Syriis* (1617), *De successionibus in bona defunctorum ad leges ebraeorum* (1631) oppure nel *De iure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum* (1640), ecc. Egli si distinse, peraltro, per l'impiego dei principi della comparazione in molte opere – fra cui le più importanti furono *History of Tribes and Titles of Honour* (1618) e *Dissertatio ad Fletam* (1647) –, dedicando particolare attenzione al diritto dei Paesi orientali ed ebraico. Dopo la sua morte fu pubblicato *Table Talk* (1689). Gli scritti di Selden segnarono l'inizio della «storia comparata del diritto» [*ibidem*, 1048].

Oltre a Bacone e Selden, utilizzarono con successo materiali di studio in prospettiva comparatistica anche Grozio (1583-1626), Vico (1668-1744) e Montesquieu (1689-1755).

Grozio, la cui conoscenza era enciclopedica [*ibidem*, 1048], utilizzò materiali provenienti da molti Paesi e di epoche diverse, con l'obiettivo di

dimostrare la validità universale del diritto naturale; in tale prospettiva egli mise in rilievo che talune regole e istituzioni erano riconosciute in molti sistemi giuridici. Tuttavia, l'utilizzo di questi materiali non era dissimile da quanto accadeva nel Medioevo e non si può, dunque, ancora parlare di comparazione nel senso in cui oggi la intendiamo.

### **3. LO SVILUPPO DEL DIRITTO PUBBLICO COMPARATO**

---

Per individuare le peculiarità della comparazione giuridica nell'ambito del diritto pubblico occorre fare riferimento a due diverse circostanze. La prima è che lo sviluppo del diritto comparato fu determinato in larga misura dalla diffusione del diritto internazionale privato, che presupponeva, per il giurista, in generale, quanto per l'operatore del diritto, la conoscenza della legislazione straniera. Molto limitata era, al contrario, l'applicazione del metodo comparativo nel diritto pubblico da parte dei giuristi, che limitavano la sua utilizzazione nell'ambito legislativo e nello studio dei sistemi giuridici, piuttosto che alla definizione di casi concreti, come accadeva per il diritto privato. In relazione alla attività di produzione del diritto, le differenze che si notavano fra diritto pubblico e diritto privato nascevano dal fatto che il diritto pubblico era soggetto ad una più veloce evoluzione ed era avvertita l'esigenza di realizzare forme di unificazione legislativa fra ordinamenti statali.

Il punto di partenza per lo sviluppo del diritto pubblico comparato è costituito dalla separazione fra il diritto costituzionale e le altre discipline giuridiche giuspubblicistiche (diritto pubblico, amministrativo, ecc.). Ciò era accaduto in vari Paesi (Germania, Spagna, Italia) ed è dimostrato dal fatto che, in quelli ove il diritto costituzionale aveva ottenuto più tardi autonomia scientifica rispetto ad altre discipline, l'attivazione dell'insegnamento universitario corrispondente aveva seguito questo ritardo. È emblematico il caso della Spagna, dove soltanto in tempi recenti il *Derecho político* si è distaccato dal *Derecho constitucional*, e ciò può giustificare il perché questa materia non abbia avuto, fino a poco tempo fa, molta fortuna in ambito universitario. In ogni caso, seguendo alcune tracce nella storia costituzionale spagnola alla fine del IX secolo – e lo stesso è accaduto per il diritto amministrativo –, gli studi di diritto comparato erano di particolare ampiezza, come anche le traduzioni dei

testi fondamentali della dottrina costituzionale francese e tedesca (Hauriou e Fischbach).

Non si può, peraltro, dimenticare in tale contesto la straordinaria propensione per la comparazione giuridica del maestro spagnolo Alfredo Posada, professore ordinario nella Università di Oviedo, manifestata nell'opera *Derecho político*, conosciuta in Italia per la sua traduzione nel *Trattato di Scienze Politiche*, curato dal professore arzigianese Attilio Brunialti. Questa opera non è soltanto un manuale di diritto costituzionale, ma anche un volume di diritto costituzionale comparato, in cui sono presenti molte interessanti osservazioni sull'insegnamento universitario. Allo stesso modo, non può essere dimenticato il contributo di de Azcarate all'evoluzione della legislazione comparata e al suo insegnamento, e di García-Pelayo, che, con la sua opera *Derecho constitucional comparado*, ha rappresentato una pietra angolare per i professori e gli studenti spagnoli e delle università latinoamericane.

Una prima osservazione che può essere fatta in relazione al diritto costituzionale comparato riguarda i professori di diritto costituzionale, che furono comparatisti per vocazione, anche se non giunsero a formulare le basi di una scienza autonoma, giacché la comparazione fu oggetto di specifico interesse, soprattutto per la convinzione diffusa della sua utilità pratica. Trattazioni specifiche sul tema della comparazione nelle opere di diritto costituzionale (o più in generale di diritto pubblico) apparvero in epoche nelle quali predominava una posizione di chiusura in relazione ai temi specifici che caratterizzavano questa disciplina scientifica.

Una riflessione generale sulla comparazione costituisce, senza dubbio, una delle basi del costituzionalismo europeo continentale e, in modo particolare, della Francia. Fra la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX, questo Paese rappresentava l'autentica fabbrica del diritto costituzionale nell'Europa continentale; il pensiero dei costituzionalisti francesi si caratterizzò per la comparazione fra istituzioni inglesi e francesi.

Il capitolo VI del libro XI de *l'Esprit de Lois*, di Montesquieu, con il titolo *De la Constitution de Angleterre*, le riflessioni sull'Inghilterra espresse nel *Contrat social* di Rousseau (testo che, tuttavia, non può essere ricondotto al costituzionalismo puro) e la *Constitution de l'Angleterre* di J.L. de Lolme, del 1771, misero in rilievo come per i giuristi continentali fosse necessario confrontarsi con le istituzioni inglesi e ricercare modelli da imitare o suggestioni

per riflettere sulle riforme. Senza dubbio, la comparazione giuridica rappresenta uno strumento di riforma. La tendenza marcatamente razionalista degli studi della fine del XVIII secolo ebbe come conseguenza che l'analisi comparata delle differenti esperienze costituzionali rimanesse nella prospettiva di studio.

Questa tendenza era evidente in Italia nel primo trattato di diritto costituzionale – e mi riferisco all'opera di Giuseppe Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale cispadano e pubblicistico universale*, successivamente sostituito con l'espressione «democratico», in cui furono raccolte le lezioni tenute all'Università di Ferrara nel 1797, come titolare della prima cattedra di diritto costituzionale in Europa. Il corso ebbe inizio con la prolusione del 2 maggio 1797 e costituì un segno tangibile della affermazione del nuovo governo centrale della Repubblica Cispadana. Compagnoni ricoprì la docenza fino al novembre dello stesso anno, per poi essere chiamato a far parte del Gran Consiglio della Cisalpina. L'istituzione della cattedra di diritto costituzionale provocò la soppressione di quelle di diritto romano, di diritto canonico e di notariato e forti contestazioni da parte di professori della medesima Università. Rimase in vita sino al 23 maggio del 1799, data in cui, con l'arrivo degli austriaci a Ferrara, l'Ateneo venne chiuso. Altre cattedre di diritto costituzionale furono istituite a Pavia e Bologna. Nel volume di Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale*, erano visibili non soltanto l'approccio giacobino e repubblicano, ma soprattutto i nuovi principi che, dopo la Rivoluzione francese, avrebbero caratterizzato il modello di repubblica parlamentare democratica di cui Compagnoni stesso tracciò le coordinate.

La comparazione giuridica a livello legislativo era già utilizzata nella prima metà del secolo XIX in Germania e si era sviluppata in un periodo in cui la comparazione e la unificazione del diritto tedesco erano tenute in considerazione dai giuristi come esigenze fondamentali. Durante la prima metà del XIX secolo, l'impiego della comparazione venne promosso da alcuni studiosi appartenenti alla scuola storica, che diedero un impulso mai visto alla dottrina delle legislazioni comparate. Alla metà del XIX secolo, gli studi a carattere comparatistico furono caratterizzati dalla rigorosa impostazione di Anselmo von Feuerbach – il quale nell'opera *Idee und Notwendigkeit der Universaljurisprudenz* formulò l'idea di una scienza universale del diritto com-

parato e venne conosciuto come comparatista fra le due guerre mondiali – e dal pensiero di Eduard Gans.

Durante il XIX secolo, l'interessamento alla comparazione giuridica e al suo insegnamento fu testimoniato dal sorgere di centri di aggregazione di studiosi in vari Paesi, che avevano fra le principali finalità quella di studiare «con spirito comparativo» il diritto straniero, indispensabile allo studio del diritto interno. Fu Lambert a dare un impulso significativo agli studi comparatistici con la sua opera del 1903, *La fonction de droit comparé*, e con la creazione dell'Institut de droit comparé presso l'Università di Lione, che divenne un modello per altre università in cui parallelamente si svilupparono gli studi di diritto comparato. Sempre in Francia, e in particolare a Parigi, la prima cattedra di diritto comparato fu tenuta da Raymond Saleilles, cui successe Levy Ulmann. A Parigi, venne creata la Société de législation comparée, costituitasi il 16 febbraio 1889, che istituì varie «sale» dedicate a ordinamenti di area francese e germanica, ma con una spiccata preferenza per il diritto inglese.

In Inghilterra, sembra opportuno ricordare – avendo presente la situazione finanziaria delle università italiane – come fu necessario il lascito da parte del giurista Charles Viner, deceduto nel 1756, per l'istituzione di una cattedra di diritto inglese all'Università di Oxford e l'introduzione di questa materia di insegnamento nel piano di studi ufficiale. Il primo titolare di questa cattedra fu William Blackstone, le cui lezioni furono alla base dei *Commentaries on the Laws of England*. Dopo Blackstone, la cattedra perse progressivamente prestigio, giacché gli affidatari la considerarono per lungo tempo una sinecura. Nell'Ottocento, a differenza delle università tedesche in cui le facoltà giuridiche avevano acquisito grande fama, in Inghilterra si discuteva sull'idea di un serio insegnamento giuridico. Non è perciò casuale che Albert Venn Dicey, cui fu assegnata la cattedra vineriana a Oxford nel 1882, abbia intitolato la prolusione al corso: *Si può insegnare il diritto inglese nelle Università?* In Inghilterra, il corso di diritto scozzese implicava l'insegnamento parallelo del diritto romano e del diritto inglese che, insieme, ne componevano la struttura.

Per concludere, si può osservare come l'apporto della storia al diritto comparato continui a essere indispensabile per rivedere i tradizionali schemi tassonomici – *common law vs civil law*, ad esempio – su cui si sono formate alcune generazioni di studenti (e di giuristi), ma oggi, divenuti insufficienti per il comparatista.



# Le finalità della comparazione giuridica

## 1. PERCHÉ COMPARARE?

---

Perché comparare? A questa domanda si potrebbe, in via preliminare, rispondere che la comparazione giuridica è essenzialmente *libera nei fini*, quando attraverso di essa si procede a realizzare un raffronto e una successiva valutazione di formanti (cfr. *infra*, cap. IV) appartenenti a ordinamenti diversi. Fra gli autori che riconoscono una molteplicità di funzioni al diritto comparato, merita di essere segnalato, a titolo esemplificativo, Wigmore, che ne ha suddiviso, in tre distinti ambiti, il campo di applicazione: la nomoscopia (*Nomoscopy*) – che consiste nella descrizione dei diversi diritti (*Comparative Nomoscopy*) –; la nomotetica (*Nomothetics*), che si occupa dello studio dei diversi istituti giuridici presenti negli ordinamenti, al fine di introdurre riforme legislative (*Comparative Nomothetics*); la nomogenetica (*Nomogenetics*), che studia l'evoluzione degli istituti e delle norme nei rapporti reciproci in una prospettiva diacronica e ontologica (*Comparative Nomogenetics*) [Wigmore 1936, 1120 s.]. In particolare, rispetto alla nomogenetica, Wigmore propose una sub-classificazione, introducendo il concetto di *Comparative Legal Corporealogy*, come studio dei fondamenti sociali e politici dei diversi ordinamenti, con attenzione alla loro appartenenza a gruppi e sistemi giuridici.

Si può, tuttavia, affermare che la *funzione primaria* della comparazione, tanto nel diritto privato quanto in quello pubblico, sia quella di conoscenza degli ordinamenti stranieri, ed è proprio attraverso l'acquisizione di nuovi

elementi cognitivi che possono perseguirsi ulteriori finalità, tanto teoriche quanto pratiche. Ciò vale tanto per il diritto – e per le sue specifiche discipline – quanto per altre scienze. *Funzione secondaria* è, invece, quella di utilizzazione dei risultati ottenuti attraverso l'analisi comparatistica [de Vergottini 2004, 4].

La dottrina ha diversamente classificato gli scopi della comparazione.

Una *prima classificazione* distingue la comparazione come strumento di politica del diritto, come ricerca di storia del diritto e come analisi strutturale del diritto [Denti 1980, 203]. Il primo profilo – la *politica del diritto* – è presente in molti studi a carattere comparatistico che, ad esempio, hanno avuto ad oggetto le garanzie costituzionali, l'accesso alla giustizia, i diritti fondamentali, l'*ombudsman*. In questo tipo di indagine, è importante, tuttavia, che la ricerca si muova all'interno di sistemi politici omogenei dei quali il comparatista deve conoscere il funzionamento e avere la consapevolezza della effettività dei modelli stranieri nei sistemi di provenienza. Il secondo profilo riguarda la comparazione intesa come *relazione storica fra ordinamenti*; in questa prospettiva la storia del diritto è considerata come la *storia della cultura giuridica* [Tarello 1976, 52]. A questa prospettiva che ha appassionato maestri insigni [Gorla 1964, 940; 1978, 313; Ascarelli 1952, XII], è stato obiettato che, alla base della comparazione, vi sarebbe la storia politica e non la storia economica [Denti 1980, 207]. Infine, un terzo profilo riguarda la c.d. *analisi strutturale del diritto*, secondo cui, all'interno degli ordinamenti giuridici, il comparatista può astrarre forme invarianti – che, in altra parte di questo volume, sono state definite anche «elementi di base» o «elementi strutturali» – secondo un approccio metodologico che richiama la «nomodinamica» kelseniana [Kelsen 1945, 111]. Ma, in ogni caso, qualunque sia l'approccio preferito, è necessario che il comparatista dichiari apertamente quali siano i fini della sua ricerca, esplicitando le metodologie che intende utilizzare.

Una *seconda classificazione* distingue, invece, fra *funzioni teoriche* e *funzioni pratiche* della comparazione [Constantinesco 1974, 260], ed ha trovato, anche di recente, utilizzo nella dottrina pubblicistica [Pegoraro 2003, 15] e privatistica [Gambaro 2003, 107] e, pertanto, verrà di seguito brevemente analizzata. Esula, tuttavia, dalle finalità di questo volume riproporre nei dettagli le classificazioni cui si è fatto cenno, rinviando agli autori citati per

approfondirne lo studio. Vi sono, infine, elenchi di funzioni senza una distinzione analitica fra funzioni teoriche e pratiche, oppure fra funzioni principali e secondarie della comparazione, che possono essere ricomprese, in parte, nelle classificazioni precedenti.

## 2. LE FUNZIONI TEORICHE

---

Nel paragrafo 1, si è messo in evidenza come la comparazione giuridica possa essere utilizzata per il raggiungimento di fini eterogenei, purché i fini medesimi siano preventivamente esplicitati e venga seguita una corretta metodologia. È stato utilmente sottolineato come la comparazione possa presentare dei pericoli nella *superficialità dell'approccio* oppure attraverso *interpretazioni sbagliate* del diritto straniero [Watson 1974, 10]. Si è in precedenza rilevato come a questi risultati si possa addivenire a causa di una conoscenza dei formanti basata su limitati materiali originali o di significative lacune linguistiche, che potrebbero pregiudicare irrimediabilmente il procedimento metodologico; anche da qui la necessità di precisare le finalità della ricerca.

Sotto il *profilo teorico*, fra gli *obiettivi più importanti* della comparazione giuridica, possono essere ricordate le seguenti funzioni:

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

Per quanto riguarda, invece, il *profilo pratico*, gli obiettivi sono legati all'apporto della comparazione ai principali formanti legali:

- a<sup>t</sup>) l'ausilio alla politica legislativa e alla redazione dei testi normativi;
- b<sup>t</sup>) la preparazione di materiali per il giudice;
- c<sup>t</sup>) il confronto della dottrina con modelli provenienti da diritti stranieri;
- d<sup>t</sup>) la elaborazione di trattati e convenzioni internazionali;
- e<sup>t</sup>) la funzione di armonizzazione e unificazione;
- f<sup>t</sup>) la funzione di interpretazione.

a) Il *principale scopo teorico* della comparazione nel diritto pubblico è quello di *acquisizione di nuove conoscenze* che possono essere utili alla scienza giuspubblicistica e queste conoscenze possono provenire tanto

dall'analisi dei diritti stranieri, quanto da formanti che siano endogeni all'ordinamento del ricercatore. Proprio sul versante del diritto costituzionale, un esempio addotto a dimostrazione dell'utilità della comparazione come acquisizione di conoscenze riguarda i concetti di «forma di Stato» e «forma di governo», che hanno acquisito l'attuale connotazione dopo che gli studiosi dei singoli ordinamenti avevano elaborato, sulla base di un esame empirico di esperienze costituzionali del passato e contemporanee, classificazioni entro cui inserire le diverse realtà costituzionali [de Vergottini 2004, 5]. La comparazione permette di penetrare, attraverso la conoscenza dei formanti e delle interconnessioni che li caratterizzano, profili, sia positivi che negativi, degli ordinamenti giuridici. In tale prospettiva, la comparazione diviene uno straordinario *strumento epistemologico* [Constantinesco 1974, 260]. Il diritto comparato svolge, infatti, il compito di fare circolare i prodotti della scienza giuridica e di farla divenire internazionale [de Vergottini 2004, 6]. La conoscenza costituisce la premessa necessaria per le diverse utilizzazioni dei risultati di analisi comparatistiche, che può consentire al ricercatore di *verificare* i dati relativi agli ordinamenti utilizzati come termine della comparazione, oltretutto il trasferimento delle conoscenze fra aree non omogenee dei sistemi giuridici. Inoltre, la conoscenza degli ordinamenti stranieri consente un migliore rapporto con i cittadini, gli studenti e chiunque provenga da quei Paesi.

Talvolta, queste conoscenze sono stimolate dall'economia e dalla prospettiva di una *diversa visione tassonomica* dei sistemi giuridici, che oggi appare diversa da quella disegnata da David [1950], David e Jauffret-Spinosi [1994] e da altri importanti autori. Ciò è accaduto per diversi fattori, fra i quali i più importanti possono ritenersi: il crollo dei sistemi basati sul diritto socialista – si parla, attualmente, di *post-socialist model* –, lo sviluppo non solo economico ma anche culturale della Cina [cfr. Rinella 2006] – e la conseguente apertura al diritto comparato [Lubman 1991, 293] –, l'evoluzione negli ultimi decenni della scienza giuridica in Giappone, lo sviluppo nel mondo islamico della propria cultura e dei correlati valori giuridici, e, infine, l'indipendenza di numerosi Stati africani e l'emergere di modelli teocratici. Questa prospettiva, che va oltre una visione limitata all'Europa e agli Stati Uniti, obbliga a una revisione dei consueti schemi di classificazione, attualmente presenti nelle opere destinate alla formazione del giurista. Al-

cuni comparatisti hanno affermato, a proposito di questa rivoluzione nel tradizionale modo di vedere i sistemi giuridici, che:

la carta geografico-giuridica del mondo è oggetto di mutamenti epocali che vanno dalla graduale convergenza fra i sistemi occidentali al ridimensionamento del modello socialista, alla presa di coscienza del mondo giuridico non occidentale: di fronte a tale accelerazione storica la comparazione giuridica è chiamata ad una radicale revisione delle proprie categorie ordinanti [Mattei e Monateri 1997, 56].

Un elemento significativo in questo processo di trasformazione è costituito dall'incidenza del modello *teocratico* di forma di governo, caratterizzato dalla base religiosa del potere politico, come nella Repubblica islamica dell'Iran, nella Repubblica islamica del Pakistan o nell'Afghanistan, prima dell'intervento dell'ONU nell'ottobre del 2001.

Il fenomeno – definito con l'espressione di *rivoluzione macro-comparativa* [Ackerman 1991, 8; Mattei e Monateri 1997, 5] – è destinato a incidere non soltanto sul modo – e i luoghi – di apprendere il diritto straniero, ma anche a favorire *nuove combinazioni di formanti*, che potremo definire *neo-formanti* (*neo-formants*), riconoscibili al comparatista attraverso l'ausilio della storia, della cultura di un popolo, dall'evoluzione delle formule politiche e di altri fattori che combinandosi fra loro incidono nel gioco dei formanti (cfr. *infra*, cap. III, par. 1).

b) Altra funzione della comparazione è quella di acquisire *migliori conoscenze del diritto* del Paese in cui il ricercatore opera: il *diritto nazionale*. La conoscenza del diritto straniero e l'utilizzo corretto del procedimento metodologico consentono, infatti, da una parte, di affinare la padronanza del metodo, e, dall'altra, di poter cogliere nella realtà nazionale formanti non ancora verbalizzati, o ancora di riesaminare il proprio ordinamento, alla luce delle conoscenze acquisite. Questa finalità è emersa, ad esempio, dopo l'esperienza svolta nei Seminari di Cornell (cfr. *infra*, cap. IV, par. 1.2), nelle relazioni di alcuni dei partecipanti [cfr. Schlesinger 1968, 51], ma è, comunque, visibile nella produzione scientifica dei ricercatori abituati a svolgere significative esperienze di studio e didattiche all'estero. Un tale approccio consente, infatti, non soltanto di prendere conoscenza di modelli e soluzioni provenienti da esperienze giuridiche diverse e di mettere in rela-

zione norme con bisogni sociali, formanti omologhi (ed eterologhi) fra di loro, ma anche di relativizzare l'ordinamento autoctono, arricchendo altre discipline, come, ad esempio, la dogmatica, la filosofia politica o le scienze sociali e comportamentali in cui, tradizionalmente, è utilizzato il metodo comparativo [Smelser 1992, 107].

c) Un'altra funzione di particolare importanza svolta dalla comparazione è quella di contribuire *all'educazione e alla formazione del giurista nazionale*. L'insegnamento del diritto comparato, tanto pubblico quanto privato, è necessario per lo studente delle facoltà dove si studia diritto (giurisprudenza, scienze politiche, economia). Le ragioni sono ben note e riguardano i consolidati limiti dell'insegnamento del diritto nazionale. Diviene sempre più frequente, fra i costituzionalisti, la pubblicazione di manuali e opere destinate all'insegnamento, ricchi di riferimenti comparatistici, secondo l'antica convinzione che vede il costituzionalista come un comparatista per vocazione: «rompere le barriere del proprio sistema giuridico [...] significa allargare l'orizzonte e la propria esperienza e, soprattutto, arricchirsi culturalmente» [Ascarelli 1952, 43]. Si può ricordare, in proposito, che i principali pubblicisti italiani del XX secolo avevano dato importanza al richiamo dei diritti stranieri nei manuali utilizzati per l'insegnamento del diritto costituzionale [Orlando 1894].

I corsi di insegnamento nelle materie comparatistiche, oltre ad essere obbligatori, dovrebbero caratterizzare non soltanto gli studi di primo livello – da cui non dovrebbe essere disgiunta la metodologia comparativa – ma anche gli studi di *comparative law* di secondo livello.

### 3. LE FUNZIONI PRATICHE

---

Sotto il *profilo pratico*, la comparazione giuridica, consentendo il raggiungimento di conoscenze relative agli ordinamenti stranieri, orienta il legislatore verso regole a lui in qualche modo non note, favorisce le decisioni dei giudici e la risoluzione delle controversie con l'ausilio dei materiali (*package*) forniti da corti straniere, l'evoluzione della dottrina, attraverso il confronto dei giuristi [Constantinesco 1974, 299].

a<sup>1</sup>) Un primo versante pratico è rinvenibile nell'utilizzo della comparazione per le iniziative di *politica legislativa* e di *redazione dei testi normativi*. Si

tratta di una delle funzioni originarie esercitate dalla comparazione, che si è affinata storicamente nello studio delle legislazioni comparate [Lerminier 1838; Amari 1857]. Con riferimento alla politica legislativa, lo studio delle soluzioni adottate in altri ordinamenti non soltanto favorisce la recezione, ma consente di monitorare continuamente il funzionamento delle regole operazionali, cioè come quelle norme operano in concreto. Peraltro, in tempi recenti, tali politiche sono state favorite dai frequenti contatti dei parlamentari europei o dall'obbligo di introdurre norme comunitarie su temi come la scuola, l'università, la politica per la sicurezza, ecc. Per favorire questo approccio, nei Parlamenti vi sono appositi uffici che procedono alla preparazione di dossier o rapporti, che analizzano le esperienze di ordinamenti stranieri. Si può, ad esempio, ricordare che l'Assemblea costituente italiana poté usufruire di importanti contributi relativi alle costituzioni e ai sistemi elettorali di numerosi ordinamenti stranieri che furono pubblicati nel 1946. Analogamente, in Francia, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 aveva potuto usufruire della traduzione, in francese, dei documenti costituzionali americani della seconda metà del Settecento, partendo dalla *Dichiarazione* della Virginia del 1776, al punto da far ritenere che «i francesi recepirono non solo le idee, ma anche la forma in cui queste furono concepite al di là dell'oceano» [Jellinek 1895, 27]. La comparazione è stata, ad esempio, utilizzata nel procedimento per la stesura del *Grundgesetz* – la Legge fondamentale di Bonn – del 1949, come, anche, delle Costituzioni francesi del 1946 e del 1958. In ogni caso, il comparatista costituzionalista, che ha sviluppato la sua ricerca utilizzando schemi classificatori elaborati sulla base di prototipi (cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.1.1), dovrebbe, sempre, procedere a un lavoro di ricostituzione dei contesti, che gli consenta di affidare alla responsabilità morale del legislatore le strutture giuridiche possibili, evidenziate dall'analisi comparativa. Per converso, l'attività di normazione mutuata da ordinamenti stranieri senza l'ausilio del comparatista può condurre a risultati «sconcertanti» [cfr. Pegoraro 2003, 26], ma che, comunque, potrebbero, egualmente, verificarsi ove quest'ultimo utilizzi il diritto comparato per giustificare soluzioni politiche strumentali a un dibattito, che si svolge all'interno di un Parlamento o di un'Assemblea regionale. In ordine, poi, alla funzione di produzione di norme, è stato osservato che l'esistenza di diversi diritti – francese, italiano, americano, ecc. – [Pfersmann 2001, 278] fa sì che l'uno

(per esempio, quello francese) non sia valido nell'altro (per esempio, quello americano), come «la morale protestante non è giuridicamente valida nei Paesi Bassi, ma ogni ordinamento giuridico può integrare dei contenuti validi in ordinamenti differenti» [*ibidem*, 278].

Così 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 ( $v$ ) 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. Sono state, dunque, le regole del sistema  $X$  a permettere questa operazione e non la natura intrinseca delle regole integrate ( $x^1$ ,  $x^2$ ,  $z^1$  e  $z^2$ ) o delle regole del sistema dalle quali esse provengono ( $X$ ,  $Z$ ). Di conseguenza, è stato osservato che «le regole di integrazione possono presentare un grado di complessità piuttosto elevato, soprattutto a partire dall'istituzione di nuove procedure che permettono di produrre tali regole, ma questo non produce cambiamenti alla chiusura del sistema» [*ibidem*, 278].

*b*<sup>1</sup>) Un'altra funzione della comparazione è quella di *preparazione di materiali* per il giudice. Rinviando a un capitolo successivo il tema delle c.d. *imitazioni giudiziali* (cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.1.1), si può qui osservare che il fenomeno di utilizzo, da parte del giudice nazionale, di materiali provenienti da altri ordinamenti giuridici o da altre corti appare ancora limitato, anche se le ipotesi di prestito giuridico non potranno che essere implementate, soprattutto per merito delle Corti di Strasburgo o di Lussemburgo. La comparazione si presenta molto utile al giudice perché favorisce l'interpretazione della norma. Come è stato osservato, «l'interprete, come suppone che la norma attuale non differisca da quella che l'ha preceduta, così suppone che la norma del suo Stato non differisca da quella consacrata in altre legislazioni» [Sacco 1947, 78]. L'utilità di questa funzione della comparazione fu intuuta, nel 1886, da Joseph Kohler, secondo cui la storia di altre esperienze giuridiche e la comparazione costituivano formidabili leve nell'interpretazione delle leggi, conducendo la giurisprudenza nella vita («*ins Leben*») [Kohler 1886, 35], ma fu Saleilles a dimostrare il ruolo che la comparazione poteva assumere, convinto che il raffronto di un istituto in diversi ordinamenti, dotati di medesime strutture e appartenenti alla medesima civiltà, potesse far emergere una sorta

di idealtipo, «che sarebbe diventato, così, un modello oggettivo capace di guidare l'interpretazione della giurisprudenza nazionale». Tuttavia, lo stesso Salilles sosteneva che il giudice potesse ricorrere alla comparazione soltanto a due condizioni, e cioè che fosse necessario colmare un vuoto legislativo e che la soluzione individuata ben si armonizzasse con il diritto interno. Giudici appartenenti a sistemi giuridici diversi hanno guardato con molto interesse a questo tipo di approccio, pur facendone un uso limitato e prudente.

Le ragioni di tale atteggiamento sono diverse e possono riguardare, ad esempio, il fatto che la norma appartenga a sistemi aperti o assiomaticamente chiusi o, ancora, riguardi regole autoctone oppure sia oggetto di recezione in altri ordinamenti [Constantinesco 1972, 302]. Ma da un punto di vista diacronico, come la migliore dottrina ha segnalato, tale atteggiamento è derivato – e deriva tuttora – soprattutto «dalla tensione tra la comparazione costituzionale e la tradizione del diritto pubblico dello Stato-nazione, con il suo robusto impianto di categorie e di apparati dogmatici formati entro il bozzolo impenetrabile ed esclusivo della statualità» [Ridola 2006, 1]. Il ricorso ai diritti stranieri è frequente nei modelli di *common law*, *assiomaticamente aperti* [Esser 1964, 32], tanto nella Gran Bretagna quanto negli Stati Uniti. Fra gli innumerevoli esempi, è, generalmente, citato quello di Lord Mansfield (1705-93), che, come magistrato, costruì in Inghilterra il diritto commerciale, fondando molte sue sentenze sullo *ius gentium* e sull'esperienza giuridica romana.

Per quanto riguarda gli ordinamenti *assiomaticamente chiusi*, più resistenti alla comparazione, come quelli di *civil law*, quest'ultima è stata ed è utilizzata come strumento di interpretazione delle norme nazionali, anche se in misura limitata, sviluppandosi inizialmente sul terreno del diritto internazionale privato.

Un problema legato all'uso di questo strumento da parte delle corti – anche costituzionali – è quello della scelta degli ordinamenti da cui trarre gli elementi comparativi (cfr. *infra*, cap. IV), che può essere diversa a seconda che il giudice stia o meno esercitando una funzione di controllo di costituzionalità. Nelle ipotesi di recezione di norma, il giudice si indirizza principalmente sull'interpretazione che è stata data di quella medesima norma nel paese dove quest'ultima è stata coniata [Constantinesco 1972, 304], mentre, in molti casi, la scelta è affidata alla conoscenza, da parte del

giudice, della lingua e delle istituzioni dell'ordinamento oggetto di comparazione. Inoltre, le corti tendono a giudicare secondo il diritto del proprio Paese, salva l'ipotesi che la *lex fori* rinvii a un diritto straniero, e, in tale ultimo caso, sembra maggiormente probabile il ricorso alla comparazione [cfr. Riddola 2006, 1].

c<sup>1</sup>) Il *confronto della dottrina* con modelli provenienti da diritti stranieri rappresenta un 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 esercita, anche, il giudice. I manuali di diritto costituzionale (e pubblico) contengono riferimenti frequenti alle esperienze e alla storia costituzionale di altri ordinamenti, e le principali riviste giuspubblicistiche vi dedicano spazi sempre maggiori, non solo ospitando scritti di studiosi stranieri – talvolta nella lingua originale – ma anche recensendone i lavori e facendo, così, in modo che altri studiosi possano conoscerli. Una ragione per cui molti studiosi propongono tesi elaborate da colleghi di altri Paesi deriva dal fatto di ritenere che, attraverso tale confronto, sia possibile anche una maggiore conoscenza del diritto autoctono.

d<sup>1</sup>) La comparazione è, talvolta, ritenuta strumento di ausilio alla *elaborazione di trattati e convenzioni internazionali* anche se, a prima vista, questa funzione non sembra molto chiara. La relazione fra comparazione giuridica e diritto internazionale era stata messa in luce da Rabel, 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. Tuttavia, 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, anche tenendo conto che «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 1972, 307]. La comparazione è, tuttavia, 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.

e<sup>1</sup>) Altre funzioni pratiche della comparazione sono quelle di *armonizzazione e unificazione*, che consistono nella semplificazione o nella elimi-

nazione di differenze fra ordinamenti, che variano da forme di coordinamento sino a una vera e propria riduzione ad unità. In particolare, è definito «armonizzazione» il processo coordinato di omogeneizzazione dei diritti statali, che consente di mantenere la individualità dei diritti statali, pur favorendone caratteristiche comuni; si parla, invece, di «unificazione» quando il processo di omogeneizzazione tende a essere il più completo possibile [de Vergottini 2004, 21]. Questi processi riguardano gli ordinamenti statali a carattere unitario o composto (federale e regionale) e i rapporti fra Stati disciplinati da convenzioni o affidati a organizzazioni internazionali. In relazione a questa funzione, è stato, tuttavia, osservato che, nonostante vi siano oggi forti volontà all'unificazione di tutte le branche del diritto in gioco nello scambio di beni e servizi, si tratterebbe di un'evoluzione circolare, tenuto conto che ogni nuova regolamentazione legata a istanze di omogeneizzazione e unificazione genererebbe nuove domande di unificazione. La comparazione giuridica non risolve, tuttavia, il problema della *misura* in cui il diritto deve essere armonizzato o unificato [Pfersmann 2001, 279].

f<sup>1</sup>) L'ultima delle funzioni della comparazione giuridica è quella di *interpretazione* [Ascarelli 1952, 10]. Il metodo comparativo viene, infatti, utilizzato per l'interpretazione sistematica degli istituti giuridici, soprattutto da parte delle corti costituzionali, oltretutto della giurisdizione ordinaria. La principale dottrina ritiene particolarmente 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 [Häberle 1992, 27; cfr. anche Pfersmann 2001, 287]. 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 *Rechtsvergleichung* come strumento dell'argomentazione [Ridola 2006, 3]. 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 diverso (straniero) [Pfersmann 2001, 283]. Tali enunciati vengono analizzati dall'interprete non solo da un punto di vista sintattico e semantico, ma anche da un punto di vista *pragmatico* e cioè 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 [Sbisà 1983, 377], meglio comprendendone le strutture giuridiche.

#### 4. LA FUNZIONE «SOVVERSIVA» DEL DIRITTO COMPARATO

Nei paragrafi precedenti sono state esaminate alcune delle funzioni della comparazione giuridica sia sotto il profilo teorico che da un punto di vista pratico. L'espressione *funzione sovversiva* è stata coniata verso la fine del XX secolo da due studiosi del diritto comparato, per indicare concetti diversi [Fletcher 1998, 683; Muir-Watt 2000, 503]. Nel saggio di Fletcher il termine è stato indicato in forma generica in riferimento alle decisioni delle Corti di *Equity* di ribaltare atti normativi provenienti dal Parlamento inglese; nel saggio di Muir-Watt, invece, 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 aveva caratterizzato il prestigio dell'esperienza francese, per ridurre la propria vocazione teorica al commento dei provvedimenti normativi. Spetta di conseguenza – secondo la studiosa francese – alla comparazione giuridica il compito di svolgere una funzione critica verso l'esistente e la creazione di nuove teorie giuridiche [Muir-Watt 2000, 503].

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 che si era assopito lungo l'arco del XX secolo, bloccando lo sviluppo dottrinale delle esperienze giuridiche di *civil law*» [Gambaro 2003, 107].

# L'oggetto della comparazione

## 1. PERCEZIONE E OGGETTI DA COMPARARE

---

La comparazione, intesa come disciplina giuridica, ha per oggetto un numero indefinito di elementi, interconnessi fra loro, che, all'interno degli ordinamenti, utilizzano o producono regole giuridiche finalizzate a definire un certo ordine relazionale fra soggetti o gruppi sociali in un momento storico determinato.

Nella prospettiva del diritto pubblico alcuni di questi elementi – come le norme in senso stretto, la giurisprudenza costituzionale, le prassi degli organi costituzionali e delle forze politiche organizzate – possono far meglio comprendere tanto l'assetto reale del diritto costituzionale vigente o di un istituto giuridico, quanto la soluzione di un problema di diritto, ma possono anche fornirci punti di partenza, matrici, da sviluppare in un successivo ragionamento giuridico, anche in sede di interpretazione.

Tutti questi *elementi*, che rappresentano il sostrato ultimo delle operazioni di comparazione fra ordinamenti, non sono numericamente definibili – non potendosi rinvenire limitazioni operazionali – analogamente a quanto accade, ad esempio, per il campo visivo umano, rappresentato, secondo la geometria euclidea, da un cono avente il vertice nell'occhio e la base sui contorni degli oggetti che possono essere visti (cfr. fig. 1).

Se, da una parte, è vero che possono essere visti quegli oggetti su cui incidono i raggi visuali – mentre non accade lo stesso per quelli sui quali i raggi visuali non incidono – d'altra parte, possiamo dare per certo soltanto un angolo visivo minimo.

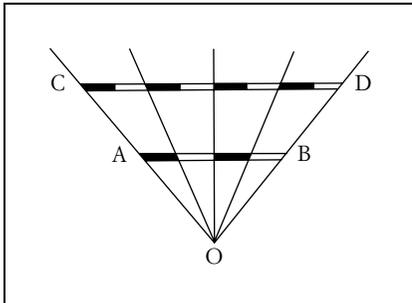


fig. 1.

Per il comparatista, quello matematico potrebbe non essere l'unico *angolo visivo*, non solo per il fatto, necessario, che egli abbia acquisito una solida esperienza, con riferimento almeno a un ordinamento costituzionale, ma anche per la personale capacità di astrazione da quei preconcetti, che formano «in certo senso l'anima stessa della *tradizionale*

*mentalità giuridica*» [Bognetti 1994, 13]. Così appare probabile che il ricercatore, utilizzando un approccio cognitivo, e guidato dall'esperienza e dalla conoscenza di uno o più ordinamenti giuridici, piuttosto che da preconcetti, possa prefigurare concrete soluzioni a problemi non risolti. In tale prospettiva, e richiamando l'immagine iniziale del campo visivo, si potrebbe condividere, in una proiezione esclusivamente didattica, l'affermazione che non vi siano limiti visivi a un campo visivo [Wittgenstein 1961b, 226] e, dunque, gli oggetti da comparare sarebbero indefinibili, soprattutto nel campo della «microcomparazione», e cioè nelle ipotesi in cui il ricercatore raffronta regole o istituti giuridici di differenti ordinamenti (Constantinesco [1971, 220], cfr. *infra*, cap. IV).

Le potenzialità della ricerca comparatistica sono maggiormente visibili nei paragrafi che seguono, dove è precisato il concetto di *formanti legali*, ricomprendendo, in tale espressione, le parti che compongono gli ordinamenti giuridici, tanto a valenza positiva, quanto negativa (*de-formanti*). In tale ipotesi, ci si riferisce a regole illecite contenute (e talora operanti) in singoli ordinamenti o istituzioni [Rossi, G. 2006, 80] e che, talora, emergono piuttosto dalla lettura delle sentenze penali o del giudice contabile – che analizzano regole operazionali piuttosto che principi generali –, che non dalla giurisprudenza amministrativa o costituzionale. Compito del comparatista è quello di ricercare non soltanto regole e funzioni, ma, soprattutto, quello di analizzare i contesti in cui tali regole operano e quali problemi ne scaturiscono. Questa conoscenza rappresenta una condizione necessaria per procedere a qualunque effettiva attività di comparazione e, dunque, ciascuna

componente di un ordinamento giuridico deve essere interpretata in modo diverso a seconda di luoghi, tempo, condizioni.

La presenza (e la concreta ricognizione) di componenti positive e negative all'interno di un ordinamento avvicina il ricercatore a percepire con maggiore intensità la realtà in sé, nella sua effettività [Bognetti 1994, 25]. Non è detto che questo sia sempre possibile. Quando si osserva un qualunque oggetto, infatti, può accadere che alcune sue parti sfuggano all'osservatore, anche se le vede, e che queste parti possano emergere improvvisamente, sul piano delle percezioni, come anche non emergere, limitando la sua percezione. Un esempio può essere rappresentato dalla nota figura di Jastrow (cfr. fig. 2), in cui guardando a destra si vede una testa di lepre (L) e a sinistra una testa d'anatra (A) secondo gli studi di Piaget e riportata in Wittgenstein [1953, 256].

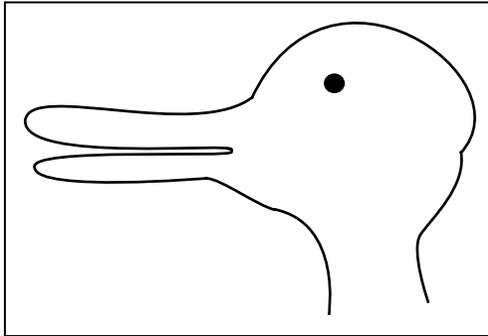


fig. 2.

In questa ipotesi, potrebbe verificarsi che un soggetto veda solo (L) oppure solo (A), analogamente a quanto potrebbe accadere per l'interpretazione di un fenomeno giuridico o per la risoluzione di un problema concreto.

Il tema della *percezione* è alla base di alcune proposte metodologiche che riguardano i profili oggettivi della comparazione. Si presenta, infatti, poco funzionale la definizione di un metodo, di una modalità, per la comparazione (*come comparare*) se, preliminarmente, non sono stati scelti gli oggetti della medesima (*che cosa comparare*), ma, soprattutto, siano state individuate le condizioni per ritenere due oggetti comparabili, e cioè le qualità intrinseche, la natura, degli oggetti da comparare [Izorche 2001, 291].

L'aggettivo «comparabili» sta a significare che due oggetti possono definirsi tali se divengono oggetto della comparazione. Non è, tuttavia, sufficiente il requisito della comparabilità (cfr. *infra*, cap. V) perché due oggetti siano comparati. Ciò dipende, prevalentemente dall'interrogativo, dal problema che si è posto il ricercatore e, infatti, il raffronto fra i due oggetti non rappresenta un fine, ma un mezzo, e, di conseguenza, la definizione del quesito deve precedere la scelta degli oggetti da comparare, in relazione ai luoghi, al tempo e alle condizioni in cui il ricercatore opera [Amorth 1947, 7].

Qualunque fenomeno giuridico potrebbe, in tale contesto, essere spiegato attraverso proiezioni geometriche. Se a ogni fenomeno, istituto, componente di un ordinamento facciamo corrispondere una figura, quest'ultima potrebbe essere proiettata in modi diversi, anche se le proprietà proiettive della figura originaria restano immutate a prescindere dal modo di proiettarle. Se penso, ad esempio, alla forma di governo come a una figura solida semplice – un cubo –, posso percepire che «le sue parti costitutive» (della forma di governo), come, ad esempio, il ruolo del governo oppure il ruolo del Parlamento, stanno in una certa «relazione l'una con l'altra».

Così, utilizzando una nota proposizione filosofica, si può osservare come la medesima figura possa essere vista in due modi diversi, a seconda che si prendano a riferimento gli angoli in modo che essi appaiano di fronte o viceversa [Wittgenstein 1961a, 85]. La proiezione di questa figura può stimolare interessanti riflessioni che possono ricollegarsi alla forma di Stato e alla forma di governo, che rappresentano temi classici nello studio del diritto costituzionale comparato.

Se osservo, infatti, un cubo dalla parte degli angoli  $A, B, C, D$  (in cui la faccia « $A B C D$ » sta per «governo»), piuttosto che dagli angoli  $E, F, G, H$  (in cui la faccia « $E F G H$ » sta per «Parlamento»), vedo «due fatti differenti». Scegliendo la prospettiva « $A B C D$ », piuttosto che « $E F G H$ » (e viceversa), questa direzione può incidere, ad esempio, sulla possibilità di affermare che la «forma di governo» è parlamentare, a «prevalenza del governo», piuttosto che non a «prevalenza del Parlamento» (e viceversa) (cfr. fig. 3).

Così, la stessa figura 3 può essere vista in due modi diversi, senza che si possa affermare con sicurezza la posizione in cui si trova il cubo.

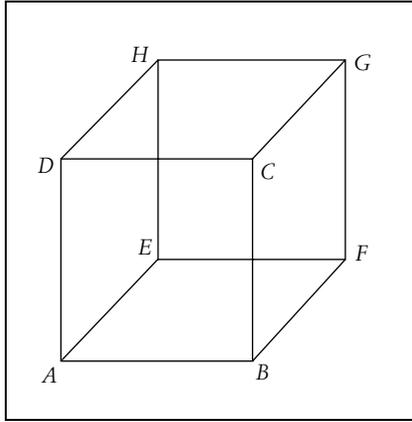


fig. 3.

La percezione dell'osservatore cambia, infatti, a seconda che, in primo piano, vi sia la faccia « $A B C D$ », come nella figura 4: oppure la faccia « $E F G H$ », come nella successiva figura 5.

La figura 3 è una figura reversibile e consente di mettere alla prova le capacità di percezione dell'osservatore attraverso la proiezione di altre immagini [Ninio 1998], come, ad esempio, accade quando si proietta l'immagine della figura 6.

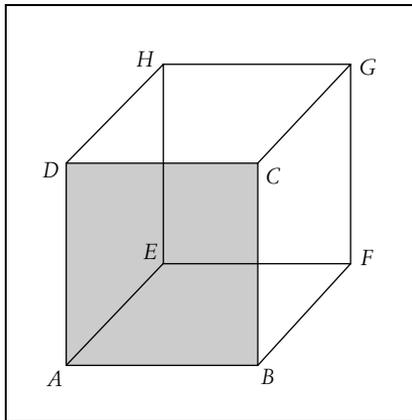


fig. 4.

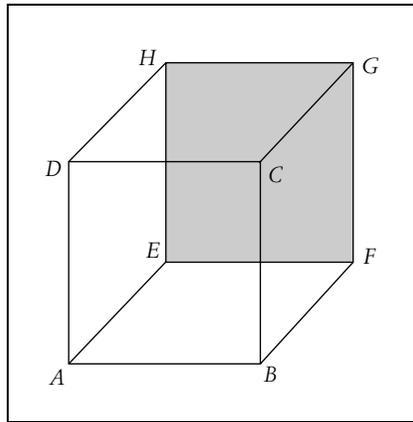


fig. 5.

La domanda che si pone l'osservatore, guardando l'immagine stessa, è se le linee orizzontali siano parallele oppure no. Esse possono apparire, dopo una prima impressione, convergenti o divergenti, ma, in concreto, sono rettilinee e parallele: l'effetto di convergenza (o divergenza) è provocato dalla irregolare disposizione dei quadretti bianchi e neri (fig. 6).

Analogamente, due segmenti di eguale lunghezza possono apparire diversi se gli stessi vengono delimitati in modo diverso, ad esempio, da

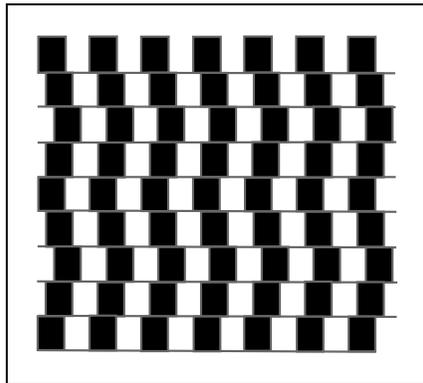


fig. 6.

frece. Questa illusione, detta di Müller-Lyer, consente di mettere in evidenza le difficoltà (del comparatista) nella percezione delle distanze (cfr. fig. 7).

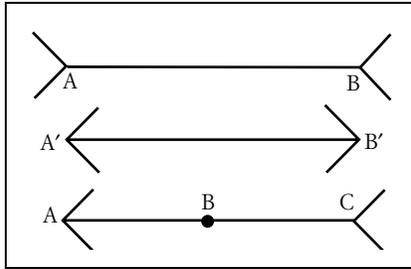


fig. 7.

Come anche il cerchio centrale nella figura a sinistra potrà apparire più grande della figura di destra, pur essendo i due cerchi eguali (cfr. fig. 8).

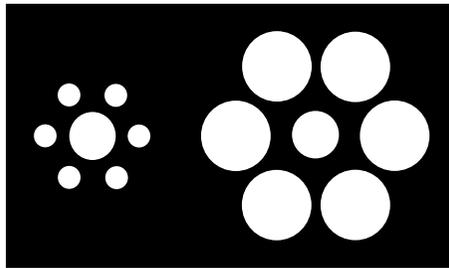


fig. 8.

La proposta della successiva figura 9 è indirizzata a stimolare la percezione su formanti in cambiamento, come può accadere, ad esempio, nelle ipotesi di trasformazione di testi costituzionali, oppure della forma di Stato o di principi giuridici. La domanda che l'osservatore può porsi è se l'oggetto che vede sia fermo oppure in movimento e, se si muova, in che direzione riesca ad avvertirlo.

Le esperienze costituzionali sono molto ricche di trasformazioni, che avvengono pur restando inalterata la lettera della costituzione, come, ad

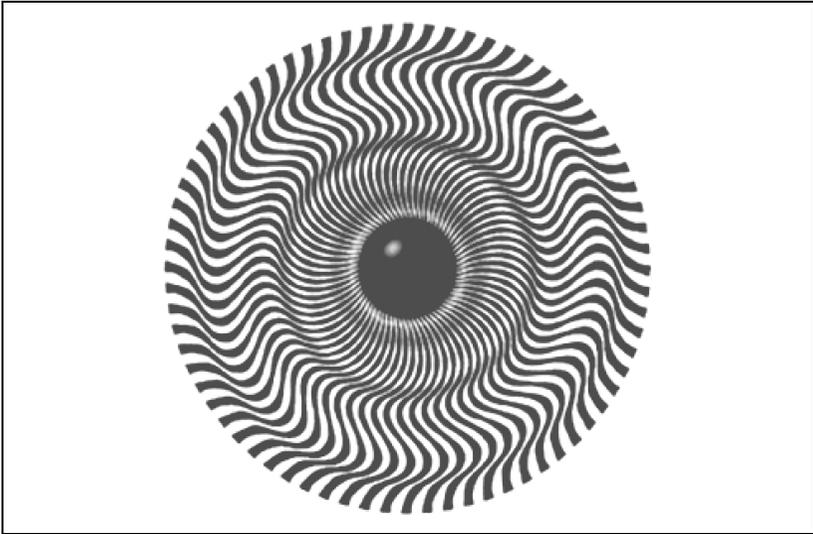


fig. 9.

esempio, è accaduto per la Costituzione americana, «passata nel corso di circa un secolo di storia, e non precipuamente per l'effetto di emendamenti, dall'abbraccio con un modello liberale classico alle incorporazioni di un modello “democratico” e tendenzialmente “sociale”» [Bognetti 1994, 154].

La presenza di trasformazioni non implica che le stesse siano, in ogni caso, percepibili. O almeno non sia avvertibile in che misura i singoli formanti abbiano reagito alla trasformazione e quale sia stato il prodotto del loro «gioco» e come sia stato interpretato, o ancora quali siano le operazioni intellettuali effettuate per integrare eventuali lacune [cfr. Bartole 2004, 12]. L'abilità di rinvenire i formanti – tanto verbalizzati quanto non verbalizzati, riportandoli alla luce –, e di comprenderne le relazioni, rappresenta un elemento genetico del comparatista e identifica un tipo di razionalità che si struttura attraverso un apprendistato dello studio del diritto (*learning process*), che parte, necessariamente, dal diritto che sta nei libri, *in the classrooms*. Questo approccio, pur essendo limitato alla superficie dell'attività di comparazione, fornisce allo studente i primi rudi-

menti per mettersi in «viaggio», fra i quali non può mancare una metodologia, propedeutica necessaria agli studi giuridici.

La *percezione* gioca, in questo percorso, un ruolo importante.

Le figure proposte in questo capitolo possono, così, essere utili allo studente interessato alla percezione (A), e produrre disinteresse nello studente, cui sia sufficiente, sotto il profilo didattico, una semplice *descrizione* di oggetti da studiare (B).

L'apparente divergenza di percezione fra i due studenti – o analogamente fra due osservatori con le stesse reazioni – implica che gli stessi non possiedano più un linguaggio comune [Izorche 2001, 318].

Gli esempi potrebbero continuare all'infinito e ci sembrano utili per spiegare le immense *potenzialità* della comparazione giuridica, talvolta ristretta in spazi molto angusti, in cui l'oggetto della comparazione sembra prescindere da un contesto più vasto in cui dovrebbe invece collocarsi. Se pensiamo a una carta da gioco che compone un mazzo, essa apparirà molto diversa se considerata solo come un rettangolo di carta oppure messa in relazione con altri rettangoli di carta, di valore diverso, di colore diverso, all'interno di un sistema complesso rappresentato dal gioco di carte. Questa prospettiva, sviluppata di recente, si caratterizza per un approccio metodologico di particolare interesse per lo sviluppo della comparazione giuridica [*ibidem*, 291].

Ad esempio, le componenti di un ordinamento producono di norma regole giuridiche, sono cioè fonti del diritto. Tuttavia, l'espressione «fonte» ( $F$ ) non coincide con tutte le componenti di un ordinamento ( $F^1 + F^2 + F^3 + \dots$ ) ma ne indica solo alcune ( $F < F^1 + F^2 + F^3 + \dots$ ). La regola giuridica originata da una fonte tipica può produrre come *non può produrre* una «matrice di punti di partenza normativi obbligatori per lo sviluppo del ragionamento giuridico» [Bognetti 1994, 83].

All'interno di questa prospettiva, la ricerca dei «formanti» rappresenta il primo passo dell'indagine comparatistica e pone l'interprete davanti a interrogativi di carattere preliminare, come, ad esempio, la individuazione di questi fattori, del peso da attribuirsi a ciascuno di essi, delle relazioni che vi intercorrono, delle proprietà che essi hanno in comune, o, ancora, se uno o più di essi, singolarmente considerati, possano avere carattere di prevalenza oppure siano pacificamente equivalenti o intercambiabili, oppure se possano

essere dissociati o ancora come può il ricercatore individuare formanti non ancora noti. L'illustrazione figurata di illusioni nella percezione può essere utile a spiegare la necessità di ridurre nella dimensione più appropriata gli oggetti che emergono dal gioco dei formanti, dal loro reciproco intersecarsi.

Tuttavia, una delle prospettive che animano il giurista che non sia avvezzo alla comparazione è quella di ricercare una soluzione unica al problema giuridico di cui si sta occupando. Il principio della unicità della regola di diritto postulerebbe, dunque, la necessità di dover ricercare una sola verità giuridica, che ha, ad esempio, fonte nella legge, mentre, al contempo, la medesima verità viene ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza. Se, evidentemente, questa prospettiva appare compatibile con una concezione «municipalista» del ruolo del giurista, essa, tuttavia, mal si concilia, invece, con l'attività del comparatista, il quale si pone davanti al diritto straniero non avendo il pieno dominio degli strumenti culturali e giuridici per cassare eventuali erronee interpretazioni [Sacco 1992b, 49].

Ciò, evidentemente, perché i formanti, all'interno di ciascun sistema, si atteggiano in maniera diversa, tendendo, inoltre, a ibridarsi fra loro creando al ricercatore problemi di interpretazione e obbligandolo a chiedersi se i segni che sta manipolando sono in via di cambiamento. Con riferimento, ad esempio, ai precedenti giudiziari dei sistemi di *common law*, si può affermare che essi possono subire delle trasformazioni e, dunque, possono, ad esempio, guastarsi per l'interpretazione che un giudice dà al problema giuridico sottoposto all'esame del collegio cui appartiene.

---

## 2. I «FORMANTI»

---

Qual è l'origine di questa parola? L'espressione *formanti*, utilizzata nella fonetica per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico [Whorf 1956], 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 [Sacco 1974, 119].

La teoria dei formanti ha avuto ampia diffusione fra i comparatisti, circolando nelle aree di *common law*, soprattutto per merito della traduzione in inglese dello studio di riferimento [Sacco 1991].

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 –, abbiamo precedentemente asserito che essi siano un numero indefinito, e di essi 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, come la storia, la scienza politica, la sociologia del diritto, la filosofia.

Sul *valore* da attribuirsi ai singoli formanti ( $F$ ,  $F^1$ ,  $F^2$ , ecc.), 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 ( $F = F^1 = F^2$ ) 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 [Sacco 1992b, 49].

Con riferimento, invece, alla dottrina giuspubblicistica, è stato osservato che ogni componente del sistema giuridico non è sullo stesso piano di un altro ( $F \neq F^1$ ,  $F^1 \neq F^2$ ), con la conseguenza che uno di essi viene elevato «a categoria della comparazione», finendo col prevalere ( $F > F^1$ ,  $F^1 > F^2$ ) [Lombardi 1986, 64]. Tuttavia, non è possibile individuare, all'interno di un sistema giuridico, un criterio che consenta di stabilire qual è la posizione reciproca dei formanti, la loro «coerenza di opposizione» [Sacco 1992b, 46] e, dunque, le ragioni della prevalenza.

Il concetto di *opposizione* richiama un altro concetto utilizzato dalla scienza costituzionalistica in relazione allo studio delle fonti, che è quello di «antinomia», con cui si esprime un contrasto, una opposizione reciproca, fra fonti giuridiche in ordine alla loro applicabilità. Ad esempio, se un determinato istituto è disciplinato tanto da una norma di diritto interno, quanto da una regola giuridica proveniente dal diritto comunitario ed efficace nell'ordinamento interno – un regolamento oppure una direttiva «autoappli-

cativa» o recepita con atto del Parlamento –, è necessario stabilire quale dei due diversi formanti normativi sia prevalente, per risolvere un'antinomia che è soltanto apparente.

Il *principio di equivalenza*, applicato alla teoria dei formanti, presenta problematiche note alla scienza giuridica, richiamate a proposito del dibattito – che, qui, si richiama soltanto in chiave diacronica – sulle causalità nel diritto penale e sulla ricerca di una condizione «decisiva» del caso concreto. In proposito, se da una parte si è sostenuto che le quantità causali in ordine al risultato sono raramente misurabili e sempre giuridicamente di egual valore [Welzel 1969, 46], dall'altra, si è preferita la tesi della c.d. causalità adeguata, secondo cui per il diritto non è causa ogni condizione dell'evento, ma solo la condizione che sia adeguata a determinarlo [Nagler 1944, 53]. Questa prospettiva teorica, tuttavia, non appare utile alle finalità di questo libro se non è rapportata ai diversi piani – micro e macro – su cui si svolge la comparazione.

Ritornando al tema dei formanti, mi pare che le due posizioni dottrinali non siano inconciliabili. Si può ritenere che nella fase iniziale di un'analisi comparatistica sia difficile stabilire con immediatezza le *relazioni* fra i singoli formanti o parti di essi, concentrandosi l'attenzione del ricercatore, in via preliminare, sul fatto che vi siano formanti e quali siano piuttosto che sulla loro importanza. Inoltre, la individuazione dei formanti dipende in buona misura, non soltanto dalla capacità di percezione e dalla sensibilità comparatistica del ricercatore, ma anche dagli obiettivi che il medesimo si prefigge dalla comparazione. Se egli è impegnato nel raffrontare regole di ordinamenti diversi, il suo obiettivo non può che essere necessariamente limitato e frammentario, come accade, di norma, nel campo della microcomparazione [Constantinesco 1971, 221].

Le conoscenze, così acquisite, sono relativamente utili, per la difficoltà di classificarle e di utilizzarle in una prospettiva più stabile e meno angusta, in cui lo stesso controllo di assonanze e divergenze appare sbiadito – per quanto rigoroso –, rendendo certamente condivisibile l'affermazione, prima richiamata, che tutti i formanti abbiano pari importanza.

In particolare, con riferimento al diritto pubblico e, in specie, al diritto costituzionale, se, da una parte, la comparazione ha assunto caratteri diversi rispetto a quella svolta in ambito privatistico, occupandosi la prima del-

l'organizzazione del potere e la seconda di istituti giuridici riguardanti soggetti, per altro lato, gli studi comparatistici – ad eccezione di alcune opere fondamentali soprattutto sui temi della costituzione, della forma di Stato e di governo, sulla 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 [de Vergottini 1999, 3].

Soltanto negli studi di cui si è fatto riferimento è visibile un approccio con la macrocomparazione e cioè con l'utilizzo del metodo comparativo per definire le strutture essenziali e i profili fondamentali degli ordinamenti, per elaborare «le famiglie e i grandi sistemi giuridici». Se, dunque, la finalità principale del ricercatore è questa, si condivide l'opinione negativa circa l'affermazione dell'equivalenza delle componenti degli ordinamenti giuridici, che si caratterizzano diversamente rispetto alla sommatoria di tutte le parti di cui sono composti [Constantinesco 1971, 223].

La teoria c.d. degli *elementi determinanti*, elaborata da Constantinesco, distingue all'interno di un ordinamento giuridico «un ordine che non è egualitario e orizzontale, ma gerarchico e verticale» ed è determinato, direttamente o indirettamente, da un sistema di valori alla base di ogni ordinamento giuridico. La percezione di questo assetto può essere nitida o confusa, ma deve consentire la definizione di quelle parti dell'ordinamento che ne costituiscono la struttura fondamentale, appunto gli «elementi determinanti», che rendono ogni modello unico. Questa prospettiva non è presente soltanto nella scienza costituzionalistica, ma è comune a tutte le scienze; la si indica, talvolta, con espressioni come «invarianti» [Giannini 1993] oppure le si identifica come parti di un oggetto, come ad esempio, un caleidoscopio (Wigmore [1941]; cfr. *infra*, Conclusioni). Il problema è sempre quello di capire quali siano le *parti costitutive semplici* di cui si compone l'oggetto. Se prendiamo, ad esempio, una sedia, possiamo definire quali siano le parti costitutive semplici di una sedia? [Wittgenstein 1953, 34]; o, analogamente, chiederci quali siano i colori di base in una policromia? Queste domande rinviano immediatamente alle osservazioni formulate a proposito dei formanti, e alla proposizione che ogni elemento di cui è composto un sistema giuridico non è sullo stesso piano di un altro [Lombardi 1986, 64].

## 2.1. I singoli formanti

Una prima classificazione dei formanti è quella fra *formanti verbalizzati* e non verbalizzati. I primi sono generalmente riconoscibili dal ricercatore quando ha posto un obiettivo alle sue indagini. L'individuazione di questi formanti non pone nella fase iniziale della ricerca problemi di attribuzione di prevalenza alle diverse componenti oggetto di analisi, dovendosi rinviare a una fase successiva un approccio cognitivo da parte del ricercatore stesso. Analizziamo, preliminarmente, i *principali formanti* (giurisprudenziale, legale, dottrinale) rinvenibili immediatamente fra quelli verbalizzati e generalmente noti. La ricerca di regole e proposizioni all'interno degli ordinamenti ci consente di comprendere come oggi sia inattuale l'idea che per comprendere un determinato fenomeno giuridico sia 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 è 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 di quelle *regole c.d. operazionali*. La ricerca di queste divergenze rappresenta una parte essenziale del lavoro del comparatista [Sacco 1992b, 49].

I precedenti giurisprudenziali assumono, come formanti, particolare rilevanza tanto negli ordinamenti di *civil law*, quanto in quelli di *common law*, come in altri diversi ordinamenti. In particolar modo, le sentenze dei giudici rappresentano per il comparatista un modo di confrontarsi con l'effettività, con le regole operative effettivamente utilizzate all'interno di un sistema giuridico. La ricerca della giurisprudenza costituisce un necessario approccio per l'analisi comparatistica, anche se i materiali giurisprudenziali devono necessariamente essere posti in relazione con le altre componenti dell'ordinamento oggetto di studio, sia note che non note.

In proposito, la *relazione* fra queste componenti può essere analoga a quella che intercorre fra due diverse carte da gioco all'interno di un sistema complesso rappresentato dal gioco di carte oppure nelle relazioni fra insiemi e/o fra loro funzioni (cfr. fig. 10).

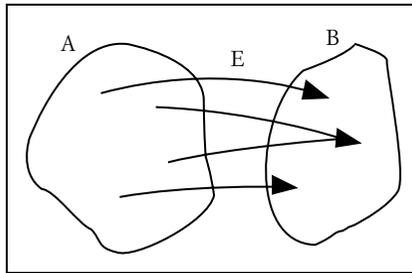


fig. 10.

Restando all'interno del *formante giurisprudenziale*, non sfugge, a chi debba accingersi a un'elementare analisi comparativa, come esso si atteggi diversamente a seconda che l'ordinamento sia basato sul precedente o sulla fonte legale, sia per il valore come fonte del precedente, sia per il carattere vincolante della decisione (cfr. *infra*, cap. VI; Gorla [1974, 65]). Nelle sentenze è possibile distinguere fra la regola effettivamente seguita dal giudice – che potrebbe essere non verbalizzata o «silenziosa» [Gambaro e Sacco 1996, 6] – e la regola di diritto enunciata per motivare la decisione: nel primo caso, è stata utilizzata l'espressione «materiali psicologici», mentre nel secondo di «materiali di decisione» [Wróblewski 1967, 24]. La *motivazione* è dotata di autonomia rispetto alla proposizione giuridica espressa nella massima giudiziaria e, inoltre, anche le proposizioni giuridiche contenute nelle sentenze, anch'esse costituiscono delle componenti all'interno dell'ordinamento in cui sono inserite.

Con riferimento alle corti di *common law*, un elemento da considerare con attenzione come formante è rappresentato dalle *opinions* dei giudici, tanto ove siano dissenzienti quanto se concordino, anche se in maniera diversa e concorrente, con la tesi sostenuta dalla maggioranza del collegio cui appartengono. La presenza di *opinions* contrastanti può, in taluni casi, mettere in evidenza che il formante è in trasformazione o, secondo un'espressione nota, si sta guastando, mettendo in luce matrici di nuovi formanti. Peraltro, le scelte dei giudici operanti in una corte nazionale non necessariamente debbono essere condivise e adottate in altri sistemi giuridici.

In ordine al *formante legale* – alle regole provenienti dal legislatore o da altri soggetti autorizzati dall'ordinamento –, si può osservare che, attraverso

l'intervento del legislatore e degli altri soggetti autorizzati, possono essere introdotte nell'ordinamento *qualificazioni* o *classificazioni*, adottandosi proposizioni teoretiche che possono sia incidere sulle *regole operazionali*, quanto restare indifferenti a queste ultime. La definizione di queste relazioni rappresenta il compito più interessante del ricercatore.

Un altro formante è costituito dalle c.d. *dichiarazioni di scienza*, che si presentano come qualificazioni delle fattispecie e si inseriscono come *medii logici superflui fra la fattispecie e gli effetti*: un caso di medio logico è dato dall'espressione – riferita agli eletti in Parlamento – «rappresenta la Nazione» fra il soggetto («ogni membro del Parlamento») e il predicato verbale («ha iniziativa legislativa») [Sacco 1992a, 441]. In proposito, potrebbe rappresentare un ottimo esercizio quello di ricercare le qualificazioni all'interno di testi costituzionali. Tale studio può consentire, con l'utilizzo di tecniche appropriate, di meglio comprendere profili legati alla interpretazione e all'applicazione costituzionale [Pegoraro e Rinella 2002, 104].

Le dichiarazioni di scienza assumono peculiarità diverse a seconda che esse si leghino oppure no a regole operazionali, alla esperienza pratica, giacché, ove questa relazione manchi, si può ipotizzare di essere in presenza di dichiarazioni o qualificazioni con carattere declamatorio – dunque, senza valore prescrittivo –, come accade negli ordinamenti a forte caratterizzazione ideologica. L'*ideologia* ha rappresentato, ad esempio, un *formante aggiuntivo* del diritto dei Paesi socialisti [Ajani, G.M. 1997, 19]. Di ciò non vi è da meravigliarsi, tenuto conto che proposizioni a carattere religioso, filosofico, politico sono contenute nei formanti legali di alcuni ordinamenti e, dunque, si manifestano o si pongono in relazione con altri formanti, potendovi prevalere o aggiungendosi a formanti già esistenti, ad esempio, con la trasformazione della forma di Stato. I formanti a carattere declamatorio possono incidere sulle regole operazionali al punto da renderle non coerenti fra loro e dando spazio a *modelli* c.d. *mentitori*. Le proposizioni declamatorie possono essere tanto vere quanto false e affermarsi, avere un senso, indipendentemente dai fatti, soprattutto se sono gradite a chi le ha create.

Infine, in relazione al *formante dottrinale* – opera degli studiosi del diritto, della c.d. *dottrina* giuridica (attraverso saggi e interventi scientifici, materiali didattici, ecc.) – si può osservare come questo formante, soprattutto attraverso l'interpretazione, può incidere tanto sul legislatore quanto sul

giudizio delle corti, integrandosi con altre componenti dell'ordinamento. Le proposizioni dottrinali, talora, possono, invece, contrapporsi alla regola legale o giurisprudenziale, ma questo non significa che esse non possano successivamente prevalere nel gioco e nella scomposizione dei formanti (cfr. *infra*, par. 2.2). Inoltre, l'atteggiamento del giurista muta in relazione a fattori eterogenei, come, ad esempio, l'appartenenza a scuole diverse oppure all'incidenza delle formule politiche [cfr. Pegoraro e Rinella 2002, 27].

---

## 2.2. La scomposizione dei formanti

Il procedimento di scomposizione dei formanti è operazione complessa e non praticata dal giurista poco avvezzo alla comparazione. I formanti tendono a combinarsi fra di loro, ma anche a scomporsi all'interno di un determinato diritto. Questa scomposizione avviene sincronicamente ed è compito del comparatista accertare se queste dissociazioni avvengano secondo linee prevedibili e razionalmente spiegabili [Sacco 1992a, 116]. Il «gioco» dei formanti escluderebbe che il ricercatore possa fidarsi di informazioni generalizzanti – anche se provenienti da rapporti ufficiali (Parlamento, governo, organi sopranazionali) – o illusorie, per gli effetti che si è cercato di illustrare utilizzando nel presente lavoro immagini c.d. reversibili (cfr. *supra*, par. 1). Ma possiamo essere sicuri che ciò non accada al giurista il quale 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. In tali circostanze, le capacità di percezione del ricercatore possono essere limitate – proprio come accade agli studenti dinanzi alle figure geometriche presentate in precedenza – e ciò potrebbe indurre a confusioni e superficiali approcci con la comparazione.

I processi di scomposizione possono riguardare una dissociazione fra declamazioni e regole operazionali. In tali ipotesi è frequente che ciò produca delle *sineddoche*, che consistono nella constatazione empirica di una dissociazione fra formule declamatorie e regole operazionali, per cui nelle prime sono taciute alcune componenti che si trovano nelle seconde [Monateri 1998, 524]. Questo termine introdotto nel diritto francese a proposito del contratto, sta, infatti, a indicare il trasferimento del significato di una parola a un'altra che abbia, con la prima, un rapporto di contiguità quantitativa, intesa

come maggiore o minore estensione del contenuto concettuale della parola stessa, in cui si nomina la parte per il tutto. Il rapporto fra formule definitorie e regole operazionali è, quasi sicuramente, diverso nel Paese *A* e nel Paese *B*, con la conseguenza che le definizioni riscontrate in *A* si atteggiano diversamente in *B*, pur essendovi regole sostanzialmente simili. Può accadere anche il contrario, e cioè che definizioni diverse possano condurre a una simile regola operativa in *A* e in *B*. La ricerca comparatistica consente di mettere in luce queste differenze, anche attraverso la ricostruzione delle singole regole operative [Monateri 1998, 524].

Con riferimento agli elementi essenziali del contratto, è stato autorevolmente ritenuto che lo schema logico dell'analisi operativa condurrebbe a un appiattimento dei fattori giuridici che entrano in gioco e incidono sulla soluzione, «così che, se la soluzione è *A*, e indichiamo con *e'... en* i fattori che possono entrare in gioco, la formula logica di tale analisi empirica sarà:  $A = f(e'... en)$ ». Rinviando a quanto detto in precedenza, con riferimento alla dottrina giuspubblicistica (cfr. *supra*), si può osservare che ogni componente di un sistema giuridico non è sullo stesso piano di un altro, con la conseguenza che uno di essi viene elevato a categoria della comparazione [Lombardi 1986, 64]. *Declamazioni e regole operative* sono contenute all'interno dei formanti (cfr. *supra*).

### 3. I «CRITTOTIPI»

---

Accanto ai formanti maggiormente conosciuti, ve ne sono altri non verbalizzati – e cioè enunciati attraverso parole – che non appartengono alle tre precitate categorie e non fanno parte del diritto positivo. Questi formanti prendono il nome di «crittotipi» – dal greco *kryptòs*, nascosto, e *týpos*, segno –, e con essi si indica un *modello implicito* oppure talune *regole* di cui non si è pienamente consci. È difficile spiegare a uno studente, con un esempio concreto, che cosa sia un crittotipo; peraltro, nella manualistica è difficile rinvenire degli esempi proprio perché l'espressione è derivata da studi linguistici [cfr. Whorf 1956, 75]. Ad esempio, «chi saprebbe bene verbalizzare la regola linguistica per cui diciamo “tre abiti scuri” e non “tre scuri abiti”, mentre, in speciali contesti, diciamo “tre grossi libri”?» [Sacco 1992a, 125].

La verbalizzazione della regola deriva, in buona parte, dalla capacità di percezione del ricercatore, che, come più volte è stato detto, si sviluppa progressivamente e, dunque, non può dirsi se e quando sia effettiva (cfr. *supra*, par. 1): «chi giunge in una terra straniera impara talvolta la lingua degli indigeni mediante le definizioni ostensive che questi gli danno; e spesso dovrà *indovinare* come si devono interpretare quelle definizioni, e qualche volta indovinerà giusto, altre volte no» [Wittgenstein 1953, 26].

Tuttavia, proprio la ricerca dei dati impliciti mette in evidenza come sia possibile individuare dei modelli che vengono trasmessi senza che sia possibile delinearne i contorni. Il seguire la regola *A* non implica necessariamente che si conosca quella regola (seguire conoscere). Ad esempio, negli scacchi, il gioco si svolge su una scacchiera di 64 caselle bianche e nere alternate con una casella bianca alla destra di ogni giocatore. I giocatori seguono la regola del «bianco a destra», ma non è detto che conoscano (il perché di) questa regola. Sempre restando a questo gioco, è stato immaginato che Caio abbia imparato, attraverso l'osservazione, i giochi di scacchiera, i nomi e la posizione dei pezzi, il modo in cui si muovono. Si può dire che – almeno a un livello di base – egli, pur non conoscendo le regole del gioco, sia capace di giocare una partita [*ibidem*], anche se appare altamente improbabile che possa vincerla con un giocatore esperto.

La presenza di formanti all'interno di un ordinamento, peraltro, non implica che il ricercatore riesca a chiarirne relazioni e meccanismi di prevalenza fra i medesimi. Riteniamo, infatti, che ciò sia possibile soltanto attraverso un rigoroso *learning process* e l'applicazione, altrettanto rigorosa, del metodo comparatistico nell'attività di ricerca. Ciò implica, da una parte, che l'approccio cognitivo possa consentire di mettere in luce modelli o regole non ancora note e, dall'altra, che gli stessi modelli possano porsi – una volta emersi – in opposizione con i formanti già verbalizzati. Se, ad esempio, prendiamo in considerazione una sentenza, in essa potrebbe esserci un ragionamento non verbalizzato che, tuttavia, potrebbe essere alla base della soluzione di una questione giuridica [Sacco 1992a, 127]. Del resto, la ricerca di Charles Darwin – imbarcatosi sul brigantino *Beagle* (1832-36) per un viaggio verso le isole Galapagos – era iniziata con il modesto obiettivo di raccogliere piante ed animali sconosciuti agli studenti europei del XIX secolo. Egli non poteva minimamente immaginare che questa ricerca sarebbe stata alla base della sua

*Origin of Species*, che come sappiamo ha rappresentato una delle più importanti teorie dell'era moderna.

Ritornando alla scoperta dei crittotipi, si può osservare come la stessa sia facilitata se il modello o la regola non nota, *emergano in un altro ordinamento* e siano verbalizzati. Ciò può accadere nel caso in cui un ricercatore analizzi un modello straniero e, da una visuale distante, ne metta in luce le potenzialità, di cui egli stesso – come del resto i giuristi operanti all'interno dell'ordinamento studiato – non aveva un'immediata percezione prima di avviare un'analisi utilizzando la comparazione. Può essere citato, quale esempio, lo studio di Vandelli sulle comunità autonome spagnole, che aveva reso comprensibile – soprattutto ai ricercatori spagnoli – il modello costituzionale introdotto nella Costituzione del 1978 [Vandelli 1980].

Un esempio di crittotipo può essere rinvenuto, ad esempio, nell'ordinamento dei Paesi ex socialisti, dove, fra il sistema di classificazione delle fonti legali, o la regola legiferata, e quella applicata realmente, si inserisse una regola non verbalizzata derivante dall'organizzazione del Partito comunista. Nel campo del diritto privato, ad esempio, in Francia, accanto alle disposizioni verbalizzate in tema di obbligazione naturale si inserisce il principio, verbalizzato nel diritto tedesco, che la consegna è un modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare. Analogamente, nel campo del diritto amministrativo, possono rinvenirsi regole procedurali non verbalizzate da cui dipende l'adozione del provvedimento finale, a prescindere dalle disposizioni legislative sull'azione o sul procedimento amministrativo.

#### 4. I META-FORMANTI

---

Accanto ai *formanti* c.d. *legali*, vi sono altre componenti all'interno degli ordinamenti giuridici, che possono essere definite *meta-formanti*, per distinguerle dai formanti legali. In particolare, con questa espressione possiamo indicare quelle parti dell'ordinamento che, pur non costituendo norme giuridiche, incidono, tuttavia, su quello che, in precedenza, è stato definito il gioco dei formanti. In tale contesto, un ruolo significativo viene svolto dalle c.d. *formule politiche*, che rappresentano, in qualche misura, il modo di pensare delle classi dirigenti in un determinato momento storico [Mosca

1923, 108; Lombardi 1986]. Alla base di questo modo di pensare dovrebbero esservi dei valori condivisi di fatto dalla classe politica al governo, che li traduce in principi regolatori dei rapporti fondamentali fra Stato e società civile e alle relazioni organizzative fondamentali dello Stato-apparato [Bognetti 1994, 155]. Come è stato efficacemente sottolineato, la formula politica coincide, in buona misura, sotto il profilo concettuale con la c.d. *costituzione materiale*, per la sua vocazione a «influire sulla interpretazione e applicazione delle formule normative costituzionali e per tal via finirà per determinare almeno parte dei contenuti della “costituzione vivente”» [*ibidem*, 155]. La definizione del concetto di formula politica consente, peraltro, di meglio comprendere perché gli ordinamenti che non hanno un procedimento aggravato di revisione costituzionale (c.d. a *costituzione flessibile*) non necessariamente modifichino la carta costituzionale, con maggiore frequenza rispetto a quelli con *costituzione rigida*, come, ad esempio, è accaduto per la Costituzione degli Stati Uniti. Ove, infatti, le convinzioni della maggioranza delle forze che fanno muovere lo Stato siano condivise dalla gran parte dei cittadini attivi e dalle strutture della società civile, appare molto difficile l'affermarsi di enunciati normativi che si pongono in opposizione con i valori caratterizzanti l'opinione di fatto prevalente, appunto la formula politica [*ibidem*].

Di tutto ciò non può che avvedersi il comparatista e, in modo particolare, il costituzionalista comparatista, che ha, nel superamento della lettera del formante normativo verbalizzato – e nell'uso che i vari «riplasmatori» hanno fatto di quel dato normativo –, il suo *sollen*. Ciò può essere reso possibile da un processo di *decostruzione/ricostruzione* del meta-formante nella sua realtà storica in cui è necessario accertare quanto la formula politica abbia inciso realmente sugli sviluppi costituzionali [*ibidem*, 155, 158]. In questo processo ricostruttivo, il comparatista può imbattersi in altri meta-formanti, a carattere economico e culturale.

## 5. I FORMANTI NELLA PROSPETTIVA DIACRONICA

---

A conclusione di questo capitolo, e richiamando alcune precedenti considerazioni (cfr. *supra*, cap. I), occorre chiedersi se la percezione, la ricerca

e l'utilizzo e la comprensione dei formanti possa essere in qualche modo influenzata dalla prospettiva diacronica. In proposito, è stato recentemente riaffermato il concetto secondo cui:

nell'anticamera della storia si fa pur sempre un utile lavoro qual è la raccolta dei dati: lavoro utilissimo, quando è ben fatto. Ma anche la più scrupolosa raccolta non dispiega tutta la utilità cui sarebbe capace se non è guidata da criteri ispirati a un'ipotesi di teoria storica relativa all'oggetto indagato. L'assenza di quella guida produce di solito due conseguenze. La raccolta dei dati tende a riuscire *incompleta* e a pretermettere fattispecie che rivestono, al confronto con le altre rispetto all'insieme, la massima importanza. La mancata connessione tra i dati raccolti, perché non v'è teoria che la suggerisca, può condurre ad una *imprecisa intelligenza* degli stessi singoli dati presi in isolamento, uno per uno [Bognetti 2006, 29].

Di ciò possono rendersi conto gli studenti «avveduti», quando debbano affrontare un tema monografico in un corso di diritto costituzionale comparato (ad esempio, come la forma di Stato e/o di governo, i diritti di libertà oppure la giustizia costituzionale, ecc.), senza disporre di una base o di insegnamenti nelle materie storiche. Lo stesso insegnamento comparatistico potrebbe, pertanto, non essere efficace se non integrato da studi storici [Hilaire 1998, 326].

Il pubblicista comparatista, invece, se è intenzionato a raggiungere *risultati* apprezzabili, deve mettere in luce la forma dei processi, che, in un determinato momento storico, hanno rappresentato, ad esempio, il nucleo centrale di un ordinamento o di un istituto, che può essere condiviso da alcuni ordinamenti, ma non da altri, diversamente raggruppabili [Bognetti 1994, 166]. Per lui, il compito è particolarmente difficile. Il suo obiettivo non è tanto la conoscenza del diritto vigente (*law in the books*) o del (solo) diritto vivente (*law in action*), quanto piuttosto la ricerca, con i limiti che essa comporta, della «struttura cognitiva» (*law in minds*) dei sistemi giuridici [Ewald 1998, 704], che, talvolta, lascia emergere la consapevolezza che ciascun ordinamento giuridico sia unico e che, dall'interno di quell'alveo, si sviluppino modelli [Ainsworth 1996, 28], anch'essi unici. In fondo, accade lo stesso per le parole, il cui significato, secondo l'estetica crociana, assume in qualunque proposizione un significato irripetibile, legato al contesto storico e semantico in cui i termini medesimi sono utilizzati [Goodrich 2001, 2034].

# Il metodo della comparazione

## 1. IL METODO GIURIDICO E IL DIRITTO COMPARATO

---

Qualunque scienza non può definirsi tale senza un *metodo*. Così anche 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. L'intima 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. [Fontana 1938, 137]. 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*.

Per rispondere a questa domanda è necessario svolgere alcune brevi considerazioni preliminari.

In primo luogo, occorre chiedersi quale importanza è attribuita al metodo nell'insegnamento del diritto (pubblico) comparato. Il metodo comparatistico – fatte salve le eccezioni richiamate nell'Introduzione a questo volume – ha un limitato diritto d'albergo nei corsi universitari, che, per ra-

gioni diverse, privilegiano temi monografici, come, ad esempio, la forma di Stato e di governo, i diritti fondamentali, le fonti, la costituzione, la giustizia costituzionale o l'ambiente. Indubbiamente, questo tipo di scelta è strettamente condizionato dalle esperienze personali di ciascun ricercatore, dalla sua conoscenza delle lingue e del diritto straniero. Analogamente chi insegna materie comparatistiche deve conoscere il metodo e non essere semplicemente interessato alla comparazione, giacché deve trasmetterne le basi ai suoi studenti [Reitz 1998, 617].

La scelta di una parte metodologica nei programmi di insegnamento consente di affrontare tre temi essenziali per la comparazione giuridica: perché comparare (la *funzione della comparazione*), che cosa comparare (l'*oggetto della comparazione*) e come comparare (il *metodo della comparazione*) [de Vergottini 2004, 2]. Le osservazioni svolte a proposito della percezione e dell'oggetto della comparazione (cap. III) possono essere utili per meglio comprendere, ulteriormente, l'importanza che riveste l'esperienza diretta nell'applicazione del metodo comparativo, la cui conoscenza è indispensabile per riconoscere e scomporre formanti (cap. III, par. 1). Si è, infatti, concordi nel ritenere che «non vi è autentica comparazione allorché l'analisi si esaurisce nella descrizione parallela delle caratteristiche dei due termini che si vogliono raffrontare» [Constantinesco 1972, 9]. Peraltro, l'assenza del metodo comparatistico dai programmi di insegnamento delle materie giuridiche produce, quale conseguenza diretta – soprattutto nelle facoltà di giurisprudenza –, che gli studenti, tenuti a scrivere dei *papers*, una nota, un commento, non ne siano compiutamente in grado proprio perché non hanno, molto frequentemente, sviluppato conoscenze metodologiche [Reitz 1998, 617].

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 [de Vergottini 1981; Lombardi 1986; Bognetti 1994; Pegoraro e Rinella 2002]. 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 in-

sufficienza delle classificazioni dei sistemi in famiglie giuridiche [David 1950], pensate sulla base del diritto privato piuttosto che 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 hanno caratterizzato l'evoluzione del diritto comparato, uno riguarda quello circa l'esistenza di un unico metodo oppure di diversi metodi per la comparazione. Il problema esula dalle finalità di questo libro rivestendo un interesse meramente teorico, di cui è possibile rinvenire traccia nelle opere a carattere generale, in precedenza richiamate (cfr. *supra*, Introduzione, par. 1). Tuttavia, ci sembra utile dare conto in maniera sintetica, da una parte, di alcuni metodi che i comparatisti pongono alla base delle loro indagini – fra cui il metodo problematico e il metodo casistico – e, dall'altra, delineare sinteticamente le fasi del procedimento di comparazione, che pur essendo intuitivamente note al ricercatore, non impediscono che egli valorizzi singole prospettive oppure adatti la tecnica di analisi agli obiettivi della ricerca e, di conseguenza, tenda ad incidere sullo schema del procedimento metodologico [Constantinesco 1972, 42].

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» [Lombardi 1986, 32]. Così, se, nel campo del diritto privato, l'approccio fattuale (cfr. *infra*, par. 1.1) tende a mantenere vocazioni egemoniche, non allo stesso modo potrà atteggiarsi nel diritto pubblico e, segnatamente, nel diritto costituzionale.

---

### 1.1. Modalità di approccio all'attività di comparazione «problem and case method»

Quali sono le principali *modalità* di approccio all'attività di comparazione? Il comparatista utilizza, tendenzialmente, due diversi approcci, conosciuti come *metodo problematico* (*problem method*) oppure come *metodo casistico* (*case method*). Entrambe le metodologie sono «apprezzabili» purché siano applicate correttamente, siano cioè coerenti con gli oggetti da compa-

rare. Del resto, non pare sia attualmente possibile rinvenire «un canone metodologico sicuro», lasciando, talvolta, il campo all'ausilio che il ricercatore trova nella sua esperienza o nelle sue potenzialità cognitive [cfr. Zweigert e Kötz 1984, 35].

Il *problem method* pone al centro dell'indagine comparativa un *problema concreto*, depurandolo di quegli elementi che non sono necessari, come la sussistenza di categorie logiche o questioni concettuali [Lombardi 1986, 34], mentre il *case method* si caratterizza per lo studio e l'esame di casi giudiziari di uno o più diritti stranieri. Le due modalità non si escludono a vicenda e la loro scelta dipende dagli obiettivi e dall'oggetto della comparazione.

Il *metodo problematico* presuppone l'analisi di tutti i formanti. Alla base c'è un problema giuridico di carattere pratico e, dunque, è importante per il ricercatore conoscere le soluzioni date a quel problema dalla dottrina, dalla giurisprudenza costituzionale (e non), dal legislatore, dalla prassi parlamentare, ecc. I problemi nel diritto costituzionale si pongono con frequenza: dalla garanzia dei diritti di libertà allo *status* dei parlamentari, dall'efficacia dei decreti-leggi all'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale, dall'affidamento dell'incarico di governo alla nomina dei senatori a vita, ecc. Il metodo problematico consente di procedere per via induttiva sulla base dei materiali esaminati [cfr. *ibidem*].

Il *metodo casistico* si caratterizza per l'esame di casi giudiziari decisi da corti operanti in uno o più ordinamenti stranieri, con finalità sia di studio che di verifica delle soluzioni che sono state fornite e di comparazione con il diritto conosciuto dal ricercatore. Questo approccio, utilizzato con frequenza nel diritto privato, è meno fruibile nel diritto pubblico, dove la comparazione si svolge tanto sul piano orizzontale, che su quello verticale, in cui si esaminano fatti e cause anche con l'uso del metodo storico (cfr. *supra*, cap. I, par. 1). La presentazione di casi giudiziari fu utilizzata nel c.d. *approccio fattuale*, divenuto noto ai giuristi con la esperienza dei *Cornell Seminars* (cfr. *infra*, par. 2.1). Tuttavia, seppure non così frequente come nel diritto privato, l'utilizzo dei casi per la didattica universitaria ha avuto diffusione prima fra gli studenti anglosassoni [Murphy e Tanenhaus 1977; Cappelletti e Cohen 1979] per essere, in tempi recenti, più ampiamente utilizzato [Tarchi 1999; anche Lupoi 2001]. Il vantaggio dell'utilizzo di questi materiali, se da una parte avvicina lo studente allo «stile» dei diversi sistemi giuridici, dall'altra, mette in luce le carenze

dell'apprendimento delle lingue straniere nelle facoltà dove il diritto comparato, sia privato che pubblico, è materia di insegnamento obbligatorio.

## 1.2. L'approccio fattuale («factual approach»)

Il metodo dell'approccio fattuale utilizzato a Cornell ebbe successivamente fortuna in vari Paesi, fra cui anche l'Italia, dove continua ad essere utilizzato, nell'ambito della ricerca comparatistica su istituti tipici del diritto privato, come, ad esempio, il contratto, l'illecito civile e la proprietà. Alla base di questo metodo vi era la predisposizione di un questionario, in cui ogni domanda era formulata attraverso l'esposizione di un *case*. Il problema preliminare imposto alla ricerca fu, infatti, quello di omologare le risposte date a quesiti identici, e cioè che avessero avuto una medesima interpretazione da parte di tutti i partecipanti e, per fare ciò, fu necessario utilizzare categorie astratte, riconosciute *erga omnes*.

La novità di questo approccio consiste(va) nella comparabilità dei *fatti*.

I questionari contenevano domande su situazioni di fatto (*factual situations*) – e la soluzione di problemi applicativi –, cui il relatore, dimenticandosi della provenienza, poteva liberamente rispondere nel modo più vario, utilizzando un articolo di legge, come dati desunti dall'insegnamento, piuttosto che fermarsi alla soluzione giurisprudenziale [cfr. Sacco 1992b, 56], dovendo, talvolta, dimostrare di conoscere il «gioco» dei formanti (cfr. *supra*, cap. III, par. 2).

All'interno del questionario, possono trovarsi domande relative alla soluzione, in un dato ordinamento giuridico, del *case-law* proposto; alla soluzione del caso in altri formanti legali (normativi, dottrinali); alla presenza o no di concordanza fra i formanti (in particolare, fra le posizioni della *doctrine*, comprese le *dissenting opinions* nei casi principali); alla stabilità della soluzione da un punto di vista diacronico; alla valutazione della soluzione prevalentemente come questione «di fatto» o «di diritto». Può essere, inoltre, richiesto ai destinatari del questionario di indicare se vi siano altri *formanti*, a carattere *meta-legale*, che interessino la soluzione del caso (formule politiche, fattori economici, ecc.). Le difficoltà, già evidenziate, per l'utilizzo del *factual approach* per la comparazione del diritto pubblico non ne escludono l'applicabilità – come emerge da alcune esperienze nordamericane di insegnamento [Cappelletti e Cohen 1979] – purché sia sempre presente «una

doppia consapevolezza: quella delle differenze (o delle analogie) delle categorie logiche adoperate, e, ancora la precisa valutazione delle differenze (o delle analogie) fra le esigenze pratiche messe a confronto» [Lombardi 1986, 34].

---

### **1.3. L'approccio funzionale («functional approach»)**

Questo metodo, elaborato dalla dottrina statunitense, pone al centro dell'analisi la *funzione* che l'istituto, la regola o, più in generale, gli oggetti della comparazione svolgono all'interno dei rispettivi ordinamenti. L'approccio funzionale è stato considerato un principio metodologico di base, dal quale deriverebbero tutti gli altri principi metodologici, come l'ambito della ricerca, i diritti fra i quali svolgere la comparazione. Quest'ultima – si è affermato – non potrebbe essere svolta se gli elementi di fatto oggetto della comparazione non assolvono alla medesima funzione [Zweigert e Kötz 1984, 37].

Il loro grado di omogeneità sarebbe misurato sulla base della funzione svolta. La critica principale rivolta a questa dottrina è rappresentata dal fatto che il giurista deve tenere in considerazione l'atteggiarsi della cultura giuridica dell'ordinamento oggetto di analisi e diverso dal proprio [Pegoraro e Rinella 2002, 51] e, dunque, la comparazione è diversa dalla semplice *giustapposizione* di testi giuridici, giacché essa deve tenere conto della interpretazione dottrinale, dell'apporto dei diversi formanti, e, dunque, «delle diverse strutture delle idee, dello sfondo storico e dei particolari aspetti procedurali e pratici relativi a ogni questione» [Yntema 1944, 557]. Le ragioni per cui il semplice testo normativo non è sufficiente ad avviare operazioni di comparazione sono varie. Fra queste, possiamo ricordare la incompletezza e la cattiva redazione del testo, il rapporto di relazione del testo con altre regole legali, la integrazione o la diversa applicazione operata dal formante giurisprudenziale [Constantinesco 1972, 152].

## **2. IL PROCEDIMENTO METODOLOGICO**

---

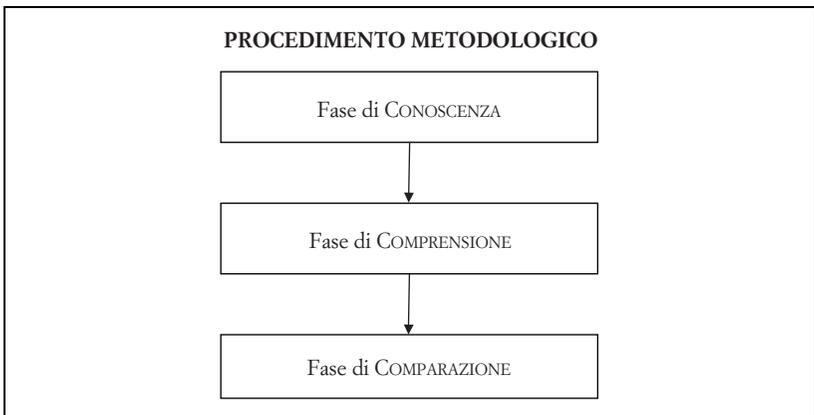
Analogamente alle definizioni che potrebbero darsi per altre forme di procedimento conosciute nel diritto pubblico (amministrativo, legislativo), il *procedimento comparativo* è costituito da una serie di fasi, concatenate e propedeutiche

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. Queste fasi sono state identificate nella c.d. *regola delle 3C* e cioè la fase di conoscenza, quella di comprensione e quella di comparazione [Constantinesco 1972, 103]. 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:

- a) *sussequenti*, nel senso che devono seguire l'ordine indicato (cfr. fig. 1): l'una è propedeutica all'altra, come accade nell'attività metodica;
- b) *complementari*, giacché sono stabilite l'una in funzione dell'altra.



**fig. 1.**

Analoga rappresentazione grafica può essere espressa con una piramide tagliata in tre sezioni orizzontali: quella di base, in cui si acquisiscono gli elementi di conoscenza; quella mediana, relativa alla comprensione di questi elementi, e quella superiore, della comparazione in senso stretto [Constantinesco 1972, 104]. Tuttavia, all'interno di un discorso sul metodo, accanto alla concatenazione di ciò che deve essere fatto per procedere all'analisi comparatistica, il ricercatore deve tenere presente l'esistenza di presupposti e circostanze in cui l'azione viene posta in essere.

---

### **2.1. La fase di conoscenza**

La prima fase è quella di *conoscenza* degli oggetti della comparazione. In proposito si fa rinvio a quanto osservato nel capitolo terzo e, in particolare, nei paragrafi su «percezione e oggetti da comparare» (par. 1) e sulla «scomposizione dei formanti» (par. 2.2). 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. Il «viaggio» identifica un percorso culturale necessario per il comparatista in cui «il mito addita il cammino per la maturazione della personalità e la conquista di una più compiuta esperienza» [Ascarelli 1952, LI], da comunicare ad altri. Questo percorso di iniziazione è stato definito *bustrofedico*, nel senso che si muove dall'esterno (E) – dai modelli stranieri verso l'interno (I): il diritto nazionale –, per poi procedere a ritroso, seguendo linee parallele, analogamente a quanto avveniva quando ancora i campi venivano arati con i buoi. 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» [Alpa 2004, XXII].

All'inizio del percorso, vi è una percezione attenuata, che col passare del tempo andrà consolidandosi, consentendo di mettere a fuoco gli oggetti della comparazione, anche con viaggi successivi. Richiamando la geografia di Wigmore e le affinità fra il comparatista e il geografo (cfr. *supra*, Introduzione, par. 3), costituirebbe un paradosso se il primo operasse come il geografo del *Piccolo principe* di Saint-Exupéry, che disegnava le carte geografiche sulla base delle informazioni che altri gli portavano.

Le conquiste della tecnologia, che rendono disponibile 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 questo passaggio, appare improbabile, ad esempio, che una ricerca costituzionalistica possa

mettere in luce il volto o la forma fondamentale dei processi storici che, in un determinato periodo, ne rappresentano il nucleo centrale, individuando nell'analisi, assieme ed oltre alla «costituzione sostanziale» o eventualmente a quella «formale», anche la «costituzione materiale» o «formula politica» dell'ordinamento [Bognetti 1994, 167].

Senza un serio approccio metodologico, il ricercatore rischia di non svolgere alcuna effettiva attività di comparazione, indulgendo, piuttosto, in attività prevalentemente decorative [cfr. Lombardi 1986, 10], 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*» [Constantinesco 1972, 111].

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» [Zweigert e Kötz 1984, 36]. 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») [Constantinesco 1972, 112].

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 ermeneutico dell'ordinamento cui appartiene [Constantinesco 1972, 115].

La *prima* è quella di acquisire una *conoscenza* il più possibile *approfondita degli elementi da comparare*, che privilegi i profili operazionali, piuttosto che le proposizioni declamatorie (cfr. *supra*, cap. III), 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, attraverso una vera e propria falsificazione delle immagini, ove non si sia trattato di una errata percezione dell'oggetto da comparare (cfr. *supra*, cap. III, par. 1). In tale prospettiva, si inquadra la critica formulata dalla dottrina giuspubblicistica alla esperienza svolta fra il 1960 e il 1968 presso la Law School di Cornell (*Cornell Seminars*), non tanto per l'importante lavoro promosso da Rudolf Schlesinger – professore di diritto comparato, volto alla ricerca di un nucleo comune tra i principali sistemi giuridici del mondo in tema di formazione dei contratti [Schlesinger 1968] – quanto per il fatto che l'imponente materiale utilizzato fosse stato ridotto a uno schema comprensibile in maniera uniforme da giuristi diversi per formazione e origine, precludendo, in tal modo, la comparazione per differenze [Lombardi 1986, 32]. Pur condividendo *in toto* questa conclusione, va detto che il metodo introdotto con i *Cornell Seminars* continua ad essere utilizzato in progetti di ricerca sul *common core* del diritto privato europeo, ma potrebbe essere sperimentato nel campo del diritto amministrativo, con riferimento a quelle parti concettualmente legate all'istituto del contratto, come potrebbe essere, ad esempio, la formazione dell'atto amministrativo e il relativo procedimento.

La *seconda* regola riguarda la *comparazione dei termini nelle fonti originali*: per poter procedere efficacemente nel procedimento comparativo, oc-

corre studiarli e conoscerli separatamente. Hug, riportando il pensiero di John Selden (cfr. *supra*, cap. I, par. 2), 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 [Hug 1932, 1047]. 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. Non soltanto il ricercatore, ma anche lo studente che, alla fine del suo percorso di studio, sceglie se avere un approccio compilativo o di ricerca, sa bene che deve confrontarsi con questo problema e, nel caso opti per la scelta più impegnativa, dovrà materialmente allestire un viaggio di ricerca, come, del resto, hanno fatto i ricercatori alle prese con la prima, importante, ricerca a carattere comparatistico. 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 soprattutto se si è formato per un adeguato periodo nei Paesi di cui si sta occupando [Hamson 1950, 671].

La *conoscenza linguistica* rappresenta il principale ostacolo alla comparazione. Per comparare è importante conoscere la lingua, che è condizione necessaria per accedere alle fonti del diritto straniero. Pur rinviando ad altro capitolo questo specifico tema (cfr. *infra*, cap. V), si può qui richiamare, da un altro punto di vista, l'importanza delle conoscenze linguistiche per la circolazione, fuori dagli angusti confini «locali», di importanti studi scientifici.

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 non dovrebbe lasciarsi 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., che possano vanificare la presenza delle norme «che diventano così dei simboli astratti senza un'effettiva applicazione» [Constantinesco 1972, 151]. 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 (cfr. *supra*, 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'ordine di priorità che governa i reciproci rapporti fra norme [*ibidem*, 152]. Tali relazioni si atteggiano, 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 [*ibidem*, 161] – 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 uni-

versale. Ciascun ordinamento si caratterizza, pertanto, per le peculiarità del suo metodo interpretativo [Fontana 1938, 106; David 1950, 12] e, di conseguenza, si può correttamente ritenere che il significato attribuito nell'ordinamento  $X$  all'enunciato  $Y^1$  sia diverso da quello ritenuto dal comparatista il solo possibile ( $Y$ ) o il semanticamente corretto ( $Y^2$ ) e ciò varrebbe, anche se in misura meno intensa, ove il raffronto avvenga all'interno di un solo ordinamento [Constantinesco 1972, 162].

### 2.1.1. I modelli nella comparazione. Origine, mutazioni e circolazione

Il termine *modello* – inteso come *schema rappresentativo* di un fenomeno che appartiene alla sfera dell'esperienza [Hart 1966, 125] – è 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 (cfr. però Lupoi [2001, 47]; Pegoraro e Rinella [2002, 62]), 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 [Hart 1966, 26], 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 [de Vergottini 2004, 40].

Il termine «modello» implica «di per sé un'idea di *classificazione*, di una sintesi della complessità attraverso categorie logiche» [Pegoraro e Rinella 2002, 62]. La classificazione 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 dottrina ha individuato, esemplificativamente, dei *criteri* che consentono di procedere a classificazioni, come ad esempio la titolarità del potere, la presenza – per i modelli di costituzione – di procedimenti aggravati di revisione costituzionale, ecc. 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.

In un precedente capitolo si è cercato di fornire un esempio di formanti in movimento (cfr. *supra*, cap. III, par. 1, fig. 9). La dinamicità caratterizza il diritto e i suoi *modelli che mutano* senza sosta, per lenta evoluzione [Sacco 1992b, 133]. Tali *mutazioni* possono essere *originali*, innovative, oppure *derivate* da un altro modello e, in tale seconda ipotesi, sono definite *imitazioni*. Tuttavia, le variazioni dei modelli non possono considerarsi per ciò stesso rilevanti. Per essere tali è necessario che provengano da un soggetto dotato di autorità: lo studente sa bene che una risposta illogica a una domanda d'esame non può, almeno sotto il profilo sincronico, entrare a far parte di un ordinamento giuridico.

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 [*ibidem*, 146], 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; inoltre, 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 [Sacco 1992b, 136; Pegoraro e Rinella 2002, 66]. Analogamente per quanto accade per i formanti più noti, sono state suddivise in imitazioni *dottrinali*, *legislative* e *giudiziarie*.

Per quanto riguarda la dottrina, si può ricordare, ad esempio, che il grande successo del *common law* sarebbe stato molto più difficile senza la circolazione dei *Commentaries on the Laws of England* (1765-69) di Blackstone, di cui furono stampate innumerevoli edizioni, anche in America, op-

pure delle edizioni ridotte per studenti del *Pennsylvania Blackstone*, a cura di J. Reed del 1871, o del popolarissimo *American Student's Blackstone* di R.M. Kerr del 1858. Il contributo teorico di comparatisti come Wigmore, Rabel, David, Kahn-Freund, Gorla, Lombardi, Cappelletti, Zweigert, Schlesinger, Sacco [cfr. Riles 2001] – per citare soltanto alcuni nomi – ha esercitato un'enorme influenza sulla dottrina di numerosi Paesi.

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 ve ne sono altri 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. 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 apogetica ed è funzionale al riaffermare la bontà della soluzione tedesca e il rigetto delle soluzioni normative straniere [Markesinis 2003, 168, 173].

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 [Sacco 1992b, 138].

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* [Pegoraro e Rinella 2002, 66].

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 *imposizione* – e cioè di una imitazione 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”» [Sacco 1992b, 148].

### 2.1.2. La comparabilità

Richiamando le osservazioni svolte a proposito di formanti e di oggetti della comparazione (cfr. *supra*, cap. III), è stato posto in evidenza come 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 [Ravà 1934, 56; Fontana 1938, 138]. 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 (cap. III). Il problema della comparabilità fra ordinamenti eterogenei ha riguardato, ad esempio, il confronto fra istituti appartenenti al 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 *micro-*

*comparazione* 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»* (cfr. *supra*, cap. III, par. 2) [Constantinesco 1971, 223], oppure ha messo in luce gli «elementi di base» e le trasformazioni di questi elementi attraverso il movimento di un caleidoscopio [Wigmore 1941].

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 [de Vergottini 2004, 34]. Analoga riflessione può essere svolta per i Paesi di nuovo ingresso nell'Unione europea, cui vengono richiesti standard 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 (cfr. *supra*, par. 1.3).

### 2.1.3. Il «*tertium comparationis*»

Il giudizio comparativo presuppone che il ricercatore determini preventivamente un *modello di riferimento*, che, sulla base delle finalità imposte

alla sua ricerca, rappresenti un *parametro* in base al quale formulare il giudizio medesimo fra i due termini della comparazione. Questo parametro è definito *tertium comparationis* e rappresenta, secondo una parte della dottrina, un elemento essenziale del metodo comparatistico [Zweigert e Kötz 1984, 30; Vagts e Cappelletti 1988, 421], che consente di valutare preliminarmente la *omogeneità dei termini* della comparazione.

Il modello di riferimento è *astratto* e cioè si colloca all'esterno dei diritti oggetto 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 modelli ideali prefabbricati ed emergere gli stilemi del sistema giuridico di appartenenza. Il *tertium comparationis* rappresenta un comune punto di partenza dell'analisi comparativa [Reitz 1998, 622], ma non potrebbe considerarsi un modello di riferimento ove lo confondessimo con il modello nazionale. Perché? Come abbiamo detto 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 *tertium comparationis* o modello di riferimento (*C*). Dunque, 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*) [de Vergottini 2004, 37]. 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.

Non è detto, tuttavia, che vi sia corrispondenza fra il modello astratto delineato e una figura organizzatoria corrispondente e ciò implica la necessità

di individuare la funzione alla base della formula o della qualificazione formale [*ibidem*, 38]. L'approccio funzionale consente di accertare come sia stato risolto uno specifico problema in ordinamenti diversi e di giungere alla formulazione di equivalenze (*functional equivalence*): in ogni ordinamento la soluzione fornita può essere diversamente compatibile con il modello – astratto – di riferimento, ma nulla impedisce al comparatista di analizzare in che modo ciascuna diversa soluzione presenti similitudini e divergenze con il modello teorico [Reitz 1998, 623].

---

## 2.2. 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 (cfr. *supra*, cap. III, par. 4), 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 [Constantinesco 1972, 175].

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 [Monaco 1936, 13]. 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 [Constantinesco 1972, 180].

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*). Come è stato, in precedenza, osservato, 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*. L'analisi e la percezione di questi fattori condizionano la comprensione del termine da comparare» [*ibidem*, 210].

---

### 2.3. La 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 costituzionale e amministrativo.

Se la lettura – e lo studio – del diritto straniero manifestano la loro importanza sin dal primo approccio con gli studi universitari ciò è perché non soltanto consentono di acquisire la conoscenza di materiali giuridici che provengono da corti, Parlamenti, dottrine, ma anche favoriscono 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. Ed è proprio per questa ragione che i materiali proposti agli studenti di materie giuridiche dovrebbero essere tendenzialmente nella lingua di provenienza [Reitz 1998, 620].

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 [Constantinesco 1972, 11; Pegoraro e Rinella 2002, 41].

Sotto il profilo metodologico, nella fase di comparazione è necessario aclarare il contenuto della relazione fra i termini oggetto di analisi per cogliere quali di essi abbiano una portata comparativa [Constantinesco 1972, 220].

Per concludere su questo punto, si può osservare che una volta terminato il procedimento metodologico, i risultati dell'analisi comparatistica possono essere diversamente utilizzati, in relazione alle finalità stabilite all'inizio della ricerca (cfr. *supra*, cap. II), e impegnare la «responsabilità morale del legislatore», proprio per la funzione insostituibile della comparazione nella tecnica di produzione normativa [Pfersmann 2001, 288].



# Il linguaggio e la comparazione giuridica

## 1. COMPARAZIONE E PROBLEMI LINGUISTICI

---

Uno dei principali problemi della comparazione giuridica è quello del linguaggio. Riprendendo la metafora del viaggio del comparatista, si può osservare che:

i nomi che si trovano sono il primo ostacolo del viaggio: essi presentano spesso assonanze, che consentono una rapida collocazione delle categorie mentali del viaggiatore: destano collegamenti irresistibili e paiono rendere familiare ciò che invece dovrebbe essere sentito come misterioso [Lupoi 2001, 12].

Tuttavia, proprio partendo dai concetti elementari, dalle cose di ogni giorno, il viaggiatore potrebbe constatare, ad esempio, che l'emissione verbale utilizzata per indicare un certo oggetto non trova corrispondenza nella sua lingua propria – e ciò vale per le regole, il cui significato è in stretta relazione con l'uso pratico che ne fa la comunità linguistica [Pfersmann 1992, 150] –, come anche di non essere sicuro che il significato che attribuiva a quella emissione tempo prima sia attualmente usata nello stesso modo. E ciò si giustifica per il carattere dinamico del linguaggio, che possiamo considerare in permanente trasformazione.

Un esempio, sotto il profilo diacronico, di *evoluzione linguistica* può essere addotto con riferimento al mondo di *common law*, caratterizzato sin dall'epoca dei Tudor dalla lingua inglese. Come è noto, non era stata questa

sin dalle origini la lingua di veicolazione di questo modello, ma la lingua francese – il *law french* – introdotta dai normanni e utilizzata nelle corti giudiziarie. Nonostante uno *Statute* di Edoardo III del novembre 1362, redatto in francese e seguito da una traduzione, che introduceva l'uso dell'inglese nelle corti, con la finalità di dare soluzione ai problemi derivanti dalla cattiva comprensione del francese [Adams e Stephens 1901, 128], il *law french* venne utilizzato sino al 1650, anno di pubblicazione di una serie di *Reports* del giudice Coke, scritti completamente in inglese. Per tutto questo lungo periodo, i giuristi di *common law* continuarono a usare parole del *law french*, come *manor, felony, possession, money, plaintiff, defendant, pleading, sentence, appeal, verdict*, ecc. e, ancora oggi, la formula di promulgazione è in francese.

Ritornando alla originaria prospettiva, si può rilevare che l'*oggettività* dell'uso della parola – e, di conseguenza, la regolarità del suo uso – è fondamentale per la sua sopravvivenza, considerato il valore sociale che le parole rivestono. Per dare un esempio di oggettività, è stata utilizzata la parola «quadrato». Se alcune persone osservano una tegola, ciascuno potrebbe dire che la stessa è quadrata: «ciascuno di essi ha come proiezione retinale della tegola, un quadrilatero scaleno che è geometricamente diverso da quello di ognuno degli altri». Ora, il termine che è stato utilizzato e che si vorrebbe oggettivizzare dovrebbe avere una base di similarità, tanto se considerato da un punto di vista singolare – quello, ad esempio, di chi apprende –, quanto da punti di vista distinti e simultanei, come quello di chi fa conoscere l'uso del termine e chi lo apprende. Di conseguenza, «un termine ristretto a quadrati perpendicolari all'angolo visivo soddisferebbe soltanto il primo requisito; un termine che si applica a quadrati fisici in tutte le loro proiezioni scalene soddisfa entrambi» [Quine 1960, 15].

Il carattere di oggettività è maggiormente frequente nel linguaggio di altre scienze – medicina, matematica, chimica, economia, ecc. – piuttosto che in quello giuridico, più legato alle tradizioni culturali, all'uso che di esso si fa nei diversi Paesi. Il problema non è soltanto teorico, ma riveste una evidente utilità pratica, perché è destinato a incidere, ad esempio, sulle regole operazionali, sul modo di funzionare di un certo istituto e di ciò che vi è collegato. Ad esempio, può accadere che la risposta fornita dal traduttore, per indicare un termine non presente nella *lingua di destinazione*, resti confinata nell'e-

spressione testuale, senza alcuna contaminazione con l'ambiente culturale in cui la parola è usata, facendo comprendere al ricercatore le difficoltà di un dialogo fra due culture giuridiche (*legal traditions*), sostanzialmente diverse [Jutras 2000, 781].

Come si è già osservato in precedenza (cfr. *supra*, cap. III, par. 1) la presenza di un linguaggio condiviso è particolarmente importante per il comparatista nel percorso di ricerca e individuazione dei formanti, proprio perché può, soprattutto, consentirgli di evitare interpretazioni errate e quelli che, in generale, sono stati indicati come «i pericoli della comparazione».

Il contatto diretto del comparatista con i luoghi dove ha collocato il termine da comparare appare imprescindibile anche per un'altra ragione, richiamata in precedenza: accanto alla distinzione fra *uso* e *menzione* del segno linguistico, è opportuno tenere conto anche del suo *uso presente* e di quello *passato* [cfr. Kripke 1982, 19]. I dubbi sugli usi passati – che possono corrispondere a un'evoluzione linguistica – impongono al ricercatore di riconsiderare, attraverso l'interpretazione, significati cristallizzati nel tempo, utilizzando meccanismi de-costruttivi che ci consentono di rendere evidente il contesto semantico in cui l'espressione linguistica viene utilizzata [Goodrich 2001, 2034], ma anche di rendere partecipe il viaggiatore/comparatista di avvenimenti politici, culturali, sociali che accadono in un luogo determinato e le cui conseguenze si riverberano sui tratti peculiari degli ordinamenti costituzionali. Ad esempio, come deve essere interpretata l'espressione «diritti umani» o «diritti fondamentali» dopo gli attentati terroristici di questi anni (New York, Madrid, Londra), oppure ancora «terrorismo»? Il linguaggio può costituire uno strumento per mettere in evidenza, ad esempio, problemi di bilanciamento fra i diritti fondamentali riconosciuti e protetti dalle carte costituzionali o dalle convenzioni internazionali – le enunciazioni declamatorie – e la loro «mortificazione» nella pratica messa in atto di limiti, che corrisponde alle regole operazionali (cfr. *supra*, cap. III).

Ciò vale non solo per il diritto internazionale e per quello costituzionale, ma anche, a maggior ragione, per il diritto comparato, cui sovente si chiedono soluzioni in assenza di formule normative a carattere vincolante o anche, per contrasto, a fini oppositivi, quando a tali formule potrebbe non corrispondere un'adeguata legittimazione costituzionale da parte di chi le pone in essere, in assenza di trasparenti meccanismi decisionali, come potrebbe essere un in-

tervento militare di vasta portata sulla base di presupposti errati o intenzionalmente manipolati, come anche attraverso l'uso arbitrario di atti linguistici.

## 2. LE TRADUZIONI

---

La *traduzione giuridica* rappresenta sempre un enigma [Reitz 1998, 111]. Ci sono, in ogni ordinamento, parole che non possono essere tradotte. Un medesimo oggetto può, infatti, essere indicato con un'espressione diversa in ordinamenti diversi, come, ad esempio, *rule of law* e «principio di legalità», *administrative tribunals* e «tribunali amministrativi», *Begründung* e «motivazione», ecc. Introdurre, nell'insegnamento del diritto pubblico comparato, alcuni spazi dedicati alla terminologia giuridica utilizzata in ordinamenti diversi favorisce, senza dubbio, l'approccio dello studente alla comparazione giuridica [Bergmans 1987, 90]. Questa difficoltà è talvolta visibile nel rapporto fra la lingua inglese e altre lingue, come, ad esempio, il francese. Nel caso sopra citato degli *administrative tribunals* – che sono autorità amministrative indipendenti – sarebbe evidentemente «fuorviante» la traduzione, destinata al lettore italiano, di «tribunali amministrativi», che sono, invece, organi di giurisdizione.

Questo tipo di approccio può risultare utile, proprio perché la traduzione di enunciati linguistici si presenta difficile nelle ipotesi in cui all'espressione da tradurre siano sottesi concetti giuridici, e cioè in tutte le ipotesi in cui i problemi della traduzione nascano dal diritto. Peraltro, non è sempre facile distinguere, con immediatezza, se le proposizioni utilizzate nel testo esprimano un dato giuridico oppure un dato linguistico. Ciò mette in evidenza il fatto che il traduttore debba possedere competenze sia giuridiche che linguistiche, per riconoscere le ipotesi in cui regole o istituti eguali siano enunciati attraverso linguaggi diversi e regole o istituti differenti siano indicati con linguaggi corrispondenti. Attraverso la traduzione, si può ricercare, dapprima, il significato della frase da tradurre, ma, soprattutto, in secondo luogo, il *significato nella lingua di traduzione*. Queste operazioni spettano, singolarmente prese, al giurista, mentre «l'insieme delle due operazioni spetta al comparatista, unico competente a decidere se due idee tratte da sistemi giuridici diversi corrispondono l'una all'altra: e se una differenza di norme sfocia in una differenza di concetti» [Sacco 1992b, 32].

In relazione ai problemi di traduzione nascenti dalla lingua, si può ricordare che le regole giuridiche sono preesistenti rispetto agli enunciati linguistici con cui le descriviamo e se ciò rappresenta un elemento di indubbio interesse per il comparatista, lo stesso non è per il traduttore, che ha, come obiettivo principale, l'espressione che deve tradurre, senza preoccuparsi di un significato che vada oltre un comune concetto [Sacco 1992b, 32]. La traduzione può essere facilitata, ad esempio, dal carattere comune della lingua di provenienza e di quella di destinazione, come, ad esempio, potrebbe accadere fra lingua italiana e lingua spagnola (o viceversa), ma non così fra parole tedesche concatenate e la traduzione in una lingua che non abbia termini corrispondenti, come, ad esempio, la lingua francese.

Le traduzioni possono riguardare sostantivi che indicano categorie astratte, che possono nascondere relazioni concettuali complesse fra il *genotipo*, la definizione astratta, e le sue manifestazioni empiriche, il *fenotipo*, che il comparatista utilizza per la traduzione, dopo averlo rinvenuto sul piano linguistico [*ibidem*, 37].

Un altro tema legato al linguaggio e alla traduzione è quello del *bi-linguismo*, che obbliga il legislatore a produrre testi in più lingue come, ad esempio, inglese e francese, catalano e spagnolo, oppure tedesco e italiano, ecc. Nelle ipotesi in cui non vi sia corrispondenza fra i termini utilizzati nelle diverse lingue, è, di solito, il legislatore ad assegnare un significato all'espressione. Nelle ipotesi di recezione, il traduttore può, invece, essere obbligato a creare un neologismo per consentire una corrispondenza linguistica con il Paese da cui si sta importando una determinata regola o un determinato istituto, mentre diversa è l'ipotesi in cui due soggetti che parlano lingue diverse debbano utilizzare un termine che proviene da una terza lingua [*ibidem*, 37].

La risposta fornita dal traduttore, per indicare un termine non presente nella lingua di destinazione, potrebbe, tuttavia, restare confinata nell'espressione testuale, senza alcuna contaminazione con l'ambiente culturale in cui la parola è usata. Ciò implica l'interrogativo se vi possa essere, in questo caso, un dialogo fra due diverse culture giuridiche (*legal traditions*) [Jutras 2000, 781].



# Comparazione e studio del diritto pubblico

## 1. PROFILI DIACRONICI

---

L'insegnamento del diritto pubblico comparato in Italia è relativamente recente. Si deve al contributo di Emerico Amari l'avvio degli studi basati sull'indagine comparatistica, con l'opera *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, pubblicata a Genova nel 1857 [Amari 1857]. Nelle prime pagine di questo libro, si è fatto riferimento alla figura del comparatista come viaggiatore e, forse, non è casuale che l'opera di Amari sia dedicata a un grande viaggiatore, Cristoforo Colombo – «il più grand'uomo che forse sia stato sulla terra». Amari, nominato professore di diritto costituzionale a Genova, rifiutò, dopo il rientro a Palermo nel 1860, la cattedra di legislazione comparata. Ricordiamo che gli antesignani dell'insegnamento del diritto costituzionale furono Compagnoni, che pubblicò il primo volume di diritto costituzionale (democratico) in Europa – in concomitanza con la prima cattedra universitaria di diritto costituzionale cispadano a Ferrara, cui seguirono le cattedre di diritto costituzionale di Pavia e Bologna – e Pellegrino Rossi, cui, su interessamento di Guizot, fu assegnata la prima cattedra di diritto costituzionale istituita in Francia, alla Sorbona, nel 1835 [Rossi, P. 1834].

Le lezioni di Pellegrino Rossi costituiscono la matrice ideologica e scientifica dei trattati di diritto costituzionale. Fra il 1848, anno delle costituzioni, e l'inizio del XX secolo si sviluppò un dibattito teorico, che coinvolse i professori di numerose università per delimitare l'ambito materiale del diritto comparato e definirne il valore di scienza, oltre ai suoi obiettivi primari. Tuttavia, come è

stato osservato, gli studi fin qui svolti presentarono piuttosto il carattere dell'etnologia giuridica che non quelli che, oggi, possiamo attribuire al diritto comparato. L'evoluzione di questi studi, fra cui, in modo particolare, si possono ricordare i contributi di Bachofen, Sumner Maine, Post, Mazzarella e Kohler, che pose in evidenza il *collegamento fra storia* – intesa come comparazione nel tempo – e *diritto comparato*, considerato come comparazione nello spazio.

In Italia, l'insegnamento del diritto comparato mancava di cattedre di ruolo, cui sofferì l'attività scientifica di molti studiosi e la nascita dei primi centri di ricerca, come, ad esempio, l'Istituto di diritto comparato di Pavia, che consentì la raccolta di numerose opere di taglio comparatistico e di diritto straniero. A Padova si sviluppò lo studio del diritto germanico, a Torino del diritto inglese, a Napoli dei diritti stranieri, con la pubblicazione del *Bollettino dell'Istituto italiano di studi legislativi e di diritto comparato*. Nel 1924, venne fondato, a Roma, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, che iniziò la sua attività nel 1928, soprattutto grazie all'impegno profuso da Pietro de Francisci. Nel 1926 fu attivato l'Istituto di studi legislativi, diretto da Galgano e Bonfante.

La riforma universitaria del 1938 ridisegnò i piani di studio delle facoltà giuridiche e su di essa vi fu un acceso dibattito teso «a promuovere sempre di più il progresso scientifico per la vita e la storica ascesa della civiltà italiana nel mondo». Dall'Ateneo senese partì una proposta relativa alla facoltà giuridica, che, dopo il biennio propedeutico, ricomprendeva un corso di laurea in giurisprudenza e un corso di laurea in scienze amministrative e politiche. Fra gli esami obbligatori del terzo anno vi era quello di Diritto costituzionale italiano e comparato, tanto per il percorso di giurisprudenza che per quello di scienze amministrative e politiche. Nonostante la novella del 1938, si sono dovuti attendere molti anni per l'attivazione di concorsi per le cattedre rientranti nel raggruppamento disciplinare del *Diritto pubblico comparato* [Fois 2002, 1213].

## **2. CHE COSA SI INSEGNA NEI CORSI DI DIRITTO COMPARATO (PUBBLICO)?**

---

Preliminarmente, ci sembra utile riflettere su quali siano i confini e l'ambito concettuale in cui opera il comparatista nello specifico campo del

diritto costituzionale. Come è stato da più parti messo in evidenza, il diritto costituzionale, in particolare – ma, più in generale, lo stesso diritto pubblico comparato – ha avuto scarsa attenzione nelle grandi classificazioni delle famiglie giuridiche, diversamente da quanto è accaduto per il diritto privato [Markesinis 2003, 15; Mattei e Monateri 1997, 54].

L'*insegnamento universitario* ha rappresentato da sempre un presupposto latente del diritto comparato e del metodo comparatistico [Gorla 1964, 945] e a partire dal Congresso di Parigi del 1900 era stata più volte riaffermata l'esigenza che a questa disciplina fosse attribuito uno spazio importante nel quadro delle materie di insegnamento universitario, non potendosi riconoscere alcuna reale cultura giuridica fondata su un solo diritto [Constantinesco 2000, 295]. In tale originaria prospettiva, Raymond Saleilles, nell'organizzazione del Congresso, tenne presente il tema dell'insegnamento universitario del diritto comparato – che, peraltro, ne rappresentava uno degli obiettivi principali – affidando la relazione su *Diritto comparato e insegnamento del diritto* ad Adhémar Esmein dell'Università di Parigi, che aveva già affrontato il tema della comparazione nell'ambito del diritto costituzionale [Esmein 1927-28 (1896)], come avrebbe fatto Adolfo Posada, in Spagna, agli inizi del secolo successivo [Posada 1924].

In relazione all'insegnamento del diritto comparato, Gorla poneva in risalto come i corsi universitari si caratterizzassero per un grande corpo di diritto straniero e una piccola parte di diritto comparato e tale impostazione era problematica in un corso annuale. Cosa si può dire oggi, dopo la riforma dell'insegnamento universitario in Italia, in seguito alla quale la maggioranza di questi corsi sono semestrali? Questo non sarebbe, almeno secondo l'insegnamento di Gorla, diritto comparato per la evidente difficoltà di abbandonare le emozioni comparativistiche e le idee che si sviluppano nella prima fase di conoscenza del diritto straniero o non noto e considerare questa fase in un rapporto di mezzo a fine. Tuttavia, le prime difficoltà devono essere superate e, per rendere più penetrante l'analisi comparativa, si ritiene necessario, oltre all'acquisizione previa del metodo, procedere alla lettura dei testi in lingua originale, come più volte è stato sottolineato nelle pagine che precedono. L'esigenza di fondo alla base di questa scelta culturale è quella che il diritto comparato non resti rinchiuso all'interno delle esperienze dei singoli studiosi, ma sia veicolato attraverso la lettura e la diretta percezione sin dalle aule universitarie.

Per individuare le peculiarità della comparazione giuridica nell'ambito della giuspubblicistica occorre fare riferimento a due diverse circostanze. La prima è che lo sviluppo del diritto comparato fu determinato in larga misura dalla diffusione del diritto internazionale privato, che presupponeva, tanto per il giurista «universitario», quanto per gli operatori del diritto, l'applicazione della legislazione straniera. L'analisi comparatistica era soprattutto utilizzata per disciplinare situazioni giuridiche e relazioni tipicamente di diritto privato. Molto limitata era, invece, l'applicazione del metodo comparativo nel diritto pubblico, che veniva utilizzato prevalentemente in relazione all'ambito legislativo e per lo studio dei sistemi giuridici, piuttosto che per la definizione di casi concreti, come era, invece, accaduto in campo privatistico.

Le finalità metodologiche alla base di questo volume postulano esigenze (almeno) di discussione sull'utilità di un *rinnovamento* dei modi di insegnamento del diritto pubblico comparato, anche a seguito dei cambiamenti imposti dalla riforma degli ordinamenti didattici in alcuni Paesi europei, fra cui l'Italia. Non vi sono dubbi che l'attenzione per questa materia, tanto nelle facoltà di giurisprudenza, quanto in quelle di scienze politiche, ha prodotto, in primo luogo, l'aumento dei centri di ricerca in diritto comparato, il moltiplicarsi dei viaggi degli studenti all'estero e degli scambi dei docenti con i programmi comunitari Erasmus/Socrates e il rafforzarsi di dottorati incentrati sulle problematiche teoriche e applicative legate alla comparazione giuridica.

Tuttavia, in molte università, e soprattutto nelle facoltà di giurisprudenza, questo insegnamento è posto nell'elenco degli insegnamenti obbligatori, anche se in alternativa al diritto privato comparato, limitandone, in qualche misura, la circolazione fra gli studenti. Non così avviene, generalmente, nelle facoltà di scienze politiche, dove l'insegnamento del diritto costituzionale comparato è fondamentale nel secondo anno e accede a una preparazione di base più ampia (scienza politica, storia delle dottrine politiche, lingue straniere, storia moderna). Problemi e caratteristiche analoghe si presentano anche in altri Paesi europei, come Spagna e Francia [Fauvarque-Cosson 2002, 295], dove è presente un dibattito sui metodi di insegnamento, sulla scelta dei testi adottati nei corsi universitari e il tempo dedicato alla didattica in aula e personale degli studenti.

Una domanda ricorrente all'inizio di ogni anno accademico è se il modo di insegnare il diritto pubblico comparato sia ancora *efficace*. Il metodo tradizionale è prevalentemente quello del corso manualistico, cui si accompagnano seminari specifici su temi comparatistici oppure incentrati sull'analisi di *case-law*. Soltanto in questa seconda sede, gli studenti partecipano anche in senso attivo con domande, lavori scritti, esposizioni di casi, traduzioni. Tuttavia, tenuto conto delle limitazioni imposte alla durata dei corsi dalla suddivisione in semestri e della corrispondenza dei crediti formativi a ore di applicazione degli studenti, il tempo a disposizione per l'insegnamento appare limitato rispetto alle reali esigenze didattiche, con consequenziali riduzioni dei temi da trattare in aula. La difficoltà di queste scelte emerge anche dalla titolazione data ai corsi – *diritto pubblico comparato, diritto costituzionale italiano e comparato, diritto costituzionale comparato ed europeo*, ecc. –, che, talvolta, sottendono programmi monografici di particolare complessità, e più adatti a studi specialistici, piuttosto che all'insegnamento delle basi del diritto comparato [cfr. Gray 1971, 5].

Peraltro proprio per la peculiarità della materia, non costituisce, ai fini della didattica, un gran giovamento l'apporto di nuove tecnologie per favorire l'insegnamento e l'apprendimento. Infatti, l'indiscutibile possibilità di acquisire informazioni e materiali rappresenta soltanto la realizzazione di una fase preliminare di uno studio comparatistico, giacché insegnare diritto comparato non significa somministrare informazioni. Un'altra opzione metodologica si caratterizza nelle scelte di studiare soltanto istituzioni o istituti giuridici di uno o più ordinamenti oppure allargare le conoscenze sul piano storico, filosofico-politico, culturale dei sistemi giuridici oggetto di analisi. Come emerge dai capitoli precedenti, la conoscenza di questi elementi è inevitabile e necessaria per l'approccio comparatistico. Tuttavia, rispetto agli standard di un corso semestrale, il rischio più evidente è quello di sacrificare, alla fine, entrambe le prospettive e, dunque, spetta alla sensibilità del docente trovare la mediazione migliore per l'efficacia del corso. La domanda che ogni docente, credo, si ponga all'inizio di ogni anno accademico è se vi siano approcci didattici alternativi o piccole trasformazioni possibili nella didattica tradizionale, come alcuni colleghi stranieri hanno messo in evidenza [*ibidem*, 296].

In fondo, la trascrizione di questi appunti in forma di libro aveva questa evidente finalità pratica ed ecco perché nei paragrafi che seguono si faranno

soltanto cenni all'*oggetto di studio* nei corsi di diritto pubblico comparato, sia costituzionale che amministrativo, rinviando lo studio «vero» – il *law in the books* – ai testi richiamati.

Infine, sempre in relazione agli strumenti didattici, riterrei molto importante l'uso di *carte geografiche*, attraverso cui lo studente può apprendere l'allocazione geografica dei modelli e la loro circolazione e, di conseguenza, sarebbe molto utile, come sussidio, la pubblicazione di un *atlante* – anche storico – del diritto pubblico comparato. Ad esempio, utilizzando una cartina geografica muta (cfr. fig. 1), in scala adeguata, potrebbe costituire un buon esercizio, in una lezione dedicata alla *forma di governo*, collocare nella carta delle *lettere* corrispondenti alle diverse forme, sia nella modellistica di base – Pa (*parlamentare*), P (*presidenziale*), Sp (*semipresidenziale*) – che nelle sue ulteriori classificazioni, come, ad esempio, nelle ipotesi di parlamentarismo *a prevalenza del governo* (Pg) oppure *a prevalenza del Parlamento* (Pp), come, infine, altre forme di governo contemporanee, che hanno avuto una diffusione ridotta, come la *neoparlamentare* (Np) o la *direttoriale* (D). Analogamente, potrebbe essere utilizzato lo stesso metodo – ma evidentemente, le lettere possono essere sostituite con i *colori* – per il diritto amministrativo comparato, individuando sulla carta le aree in cui si è sviluppata una disciplina sull'*azione* o sul *procedimento amministrativo* oppure esiste una figura di *difensore civico*, ecc.

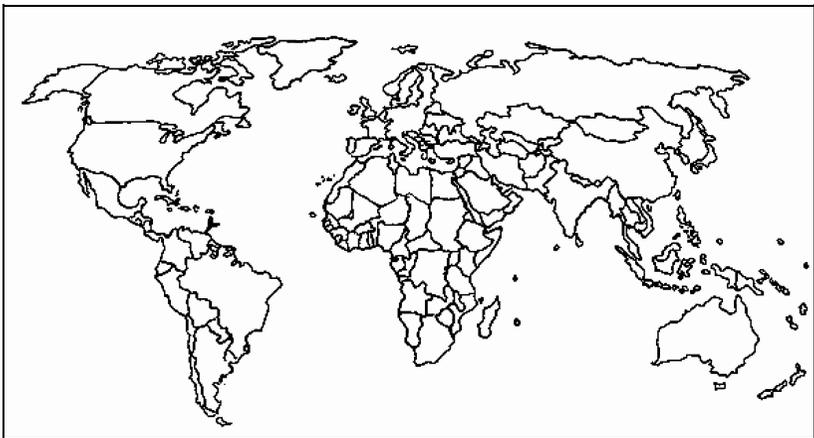


fig. 1.

In queste pagine si è, più volte, fatto riferimento al comparatista americano Wigmore e, proprio con riferimento all'uso delle carte geografiche, si può ricordare che nella sua opera sui sistemi giuridici del mondo egli utilizza questo metodo per la loro individuazione in alcune cartine mute, identificando, poi, con una cifra araba i singoli Stati (se il numero 29 identifica la Svizzera, avremo sulla carta D/29) [cfr. Wigmore 1936, 1144].

### 3. IL DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO

---

La ricerca di un *common core* produce per i pubblicisti, come anche per i privatisti, una tensione condivisa per un modello di insegnamento del diritto comparato che può avere in comune, in primo luogo, i sistemi giuridici, le famiglie, i crittotipi, la circolazione dei modelli e il metodo stesso. Lo studente delle facoltà giuridiche, come anche di scienze politiche, con l'apprendimento del diritto straniero durante i corsi, affina progressivamente una metodologia che gli consente di superare i confini nazionali quando dovrà confrontarsi con il mondo del lavoro e nella ricerca. In relazione all'ordinamento comunitario e ai processi di internazionalizzazione del diritto – come anche nel confronto fra «globalizzazione» e scienza giuridica – sembra evidente la necessità di attribuire al diritto comparato, sia pubblico che privato, uno spazio adeguato a quello riempito con il diritto interno [Schlesinger 1971, 616].

Le peculiarità dello studio del diritto pubblico comparato si riflettono sull'impostazione dell'insegnamento del diritto costituzionale comparato, che costituisce una materia fondamentale dei corsi delle facoltà in Italia di scienze politiche e giurisprudenza, e potrebbe essere integrata con una efficace attività di esercitazione o di *case-law*. Le peculiarità dei singoli corsi impartiti e, dunque, la distinzione fra gli insegnamenti comparatistici, non dovrebbe generare una contrapposizione fra quelli di diritto pubblico o costituzionale comparato e quelli di diritto privato comparato, ma piuttosto una distinzione degli insegnamenti a carattere teorico – in cui potrebbe essere studiato il metodo comparatistico – e insegnamenti in cui applicare il metodo comparativo in relazione a temi specifici.

Fra i testi a carattere generale presentati come introduzioni, corsi, appunti, compendi o manuali – qualificati di diritto pubblico o costituzionale

comparato – e pubblicati in Italia, possono ricordarsi quelli di Sarfatti [1933], Rossi, L. [1935], Monaco [1936], Ravà [1934], Capobianco [1936], Fontana [1938], Amorth [1947], Sandiford [1951], Mortati [1958], Biscaretti [1969], Lucifredi [1972-77], de Vergottini [1978; 1981], Pizzorusso [1983], Ortino [1994], Bognetti [1994], Morbidelli *et al.* [2000; 2004], Tarchi [1999], Chimenti [2001], Pegoraro e Rinella [2002], Gambino [2004]. Per il diritto amministrativo comparato, l'unico testo ancora oggi disponibile è quello di D'Alberti [1992].

Le opere richiamate hanno caratteristiche diverse, anche se tende a prevalere lo studio degli istituti, piuttosto che dei problemi metodologici della comparazione giuridica, oppure la trattazione manualistica. Questi differenti approcci implicano necessariamente una scelta del modello didattico che si presenta, almeno in parte, condizionato dalle scelte organizzative delle facoltà, che decidono il valore (in crediti) della materia, la durata e l'impegno di docenti e studenti, con qualche differenza fra l'insegnamento del diritto pubblico comparato nelle facoltà di giurisprudenza, ove è in alternativa, sovente, al diritto privato comparato, e quello di diritto costituzionale italiano e comparato (o altro nome simile), mantenuto, tendenzialmente, come obbligatorio nelle facoltà di scienze politiche. Non è fra le finalità di questo volume analizzare specifici oggetti di studio, e, di conseguenza, nei paragrafi che seguono verranno fatti soltanto brevi cenni ad alcuni temi rientranti nell'insegnamento del diritto pubblico comparato, da utilizzarsi soltanto come traccia per lo studente – che ha già svolto proficuamente, nel primo anno di studio, i corsi di diritto costituzionale o di istituzioni di diritto pubblico – per approfondire i medesimi temi da una prospettiva comparatistica.

---

### 3.1. Oggetti di studio

Quali sono i principali oggetti di studio nei corsi monografici?

I temi sono i più diversi e dipendono dalle scelte didattiche e, in parte, dagli interessi di ricerca dei docenti. Non rientra tra le finalità di questa breve introduzione una descrizione ampia degli oggetti di studio a carattere monografico, ma soltanto indicarne *alcuni*, più frequenti, rinviandosi il loro

studio all'ampia letteratura esistente. Accanto alle opere manualistiche e alle introduzioni metodologiche, le scelte didattiche cadono su argomenti fondamentali per lo studio del diritto costituzionale, che accedono alla conoscenza di base acquisita nei corsi di diritto costituzionale o pubblico interno.

Oltre ad argomenti, spesso trattati, come la *forma di Stato e di governo*, le *libertà fondamentali*, la *costituzione* e i *costituzionalismi* oppure il *controllo di costituzionalità delle leggi* e, più in generale, la *giustizia costituzionale* – dei quali, nel presente volume, si è ritenuto di fornire qualche breve cenno descrittivo –, talvolta sono privilegiati altri percorsi, come, ad esempio, la *revisione costituzionale*, i *sistemi elettorali* oppure le *assemblee parlamentari*. Non mancano, altresì, programmi di studio che comprendono la storia costituzionale e l'esame di documenti storici [McIlwain 1947; Dogliani 1994; Fioravanti 1999; Florida 1991; 2005; Reposo 1998; Volpe 2000; Willoweit e Seif 2003].

La scelta di una comparazione condotta per istituti, sulla base dei testi costituzionali vigenti, presenta, tuttavia, alcuni inconvenienti, laddove – come più volte è stato sottolineato – non sia sostenuta dalla conoscenza delle condizioni storiche, politiche, sociali, ecc. in cui gli istituti hanno avuto origine. Questa conoscenza diventa ancora più importante nel diritto costituzionale perché consente di mettere in luce i rapporti esistenti fra diversi sistemi giuridici e il funzionamento delle regole operazionali sottostanti [Pizzorusso 1980, 77].

L'insegnamento di diritto costituzionale comparato può essere utilmente integrato mediante l'utilizzo di casi, come accade, soprattutto, nelle facoltà giuridiche americane, ma anche, da alcuni anni, in Italia, dove le prime specifiche pubblicazioni, finalizzate a questo scopo sono state utilizzate in ambito universitario [Tarchi 1999].

#### **a) La forma di Stato e di governo**

I temi della forma di Stato e della forma di governo costituiscono una parte centrale nello studio del diritto costituzionale comparato e discendono dal tentativo, compiuto dagli studiosi di scienza politica e da quelli del diritto pubblico e comparato [Mortati 1965; Biscaretti di Ruffia 1974; Volpi 2000; Gambino 2002b], di individuare schemi con cui classificare le diverse esperienze costituzionali [de Vergottini 2004, 5]. Per

un'esigenza di semplificazione, sotto il profilo linguistico, si può ripetere che con l'espressione «forma di Stato» si intende *il rapporto complessivo intercorrente fra le autorità titolari di un potere di imperio e la società civile, nonché l'insieme dei principi e dei valori cui lo Stato ispira la sua azione*. Con «forma di governo» si vuole, invece, intendere *il modo con cui sono ripartiti i poteri fra gli organi principali dello Stato-apparato e l'insieme dei rapporti fra loro intercorrenti*.

Nell'uso corrente dei Paesi di lingua inglese, all'espressione *form* è preferita la parola *system* (*Parliamentary System*, *Presidential System*, ecc.), anche se i termini sono funzionalmente equivalenti. L'espressione può, tuttavia, avere *carattere polisenso*, nell'uso che di essa viene fatto nelle costituzioni, che, come si è detto, rappresentano uno fra i primi formanti che si prendono in considerazione nello studio di un Paese. Ad esempio, sotto il profilo diacronico, in alcune Costituzioni degli Stati americani del XVIII-XIX secolo – come, ad esempio, il *North Carolina* (1779), il *Texas* (1833), la *Florida* (1838) – l'espressione forma di governo è associata a quella di costituzione «*Constitution, or Form of Government of State of*»; altre volte è utilizzata per indicare la *forma di Stato*. Nella recente *Law of Administration* per l'Iraq dell'8 marzo 2004, applicabile al periodo transitorio, all'art. 4, si è utilizzata l'espressione *system of government* per indicare piuttosto la forma di Stato «repubblicana, federale, democratica e pluralista», che non la forma di governo. Come è facile intuire, i due concetti talvolta *si sovrappongono*, generando confusione e incertezze nel primo approccio con l'ordinamento straniero [Volpi 2000, 6]. Ciò conferma la precedente proposizione circa l'insufficienza dei singoli formanti a determinare compiutamente un ordinamento giuridico (cfr. *supra*, cap. III). Alle forme di governo (*forms of government*) – ma anche alle forme di Stato – erano dedicate le lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato tenute nel 1965 da Costantino Mortati. «Forma di Stato» e «forma di governo» rappresentavano, per Mortati [1965, 1],

i due aspetti di un unico fondamentale problema: quello che riguarda il modo di essere del *rapporto* tra *Stato autorità* e *Stato società*: se si rivolge l'attenzione alle forme di Stato si considera l'aspetto *finalistico* del suddetto rapporto mentre se ne considera principalmente l'aspetto strumentale qualora l'attenzione sia rivolta alle forme di governo.

Come *classificare* le forme di Stato e di governo?

Si tratta di un tema classico del diritto costituzionale comparato, che implica la necessità di enucleare *caratteri generali* riscontrabili in un certo numero di esperienze concrete e storicamente determinate [Volpi 2000, 8], anche se appare improbabile una perfetta corrispondenza fra modelli teorici e singole esperienze storiche. Tuttavia, potrà esserci una maggiore corrispondenza quando il modello di riferimento rappresenti un'esperienza unica e non facilmente trapiantabile in un'altra esperienza giuridica, come nel caso della forma di governo direttoriale della Confederazione svizzera.

Peraltro, le difficoltà di classificazione possono emergere nelle fasi di transizione costituzionale, caratterizzate da processi di democratizzazione [*ibidem*], accompagnati, talvolta, da fenomeni di imposizione di modelli costituzionali, in cui si intrecciano *imitazioni* e *condizionamenti*, come, ad esempio, è accaduto per il Giappone e la Germania, dopo il secondo conflitto mondiale, oppure, più recentemente, per l'Iraq (cfr. *supra*, cap. IV, par. 2.1.1). Ulteriori incertezze nella classificazione derivano, peraltro, dal sottile confine che divide gli studi di diritto costituzionale da quelli di scienza politica, soprattutto negli Stati Uniti. Si può, in proposito, ritenere che, «in quanto *idealtipi*, le figure delle forme di Stato e di governo, costruite dalla comparazione giuridica, non troveranno praticamente mai un totale e perfetto riscontro nelle singole fattispecie storiche di ordinamenti che pure, nell'insieme, alle varie figure sono rapportabili» [Bognetti 1994, 171].

Alle *forme di Stato* è dedicato, nella didattica universitaria, uno spazio monografico [Reposo 2005] o una specifica partizione all'interno di manuali di diritto costituzionale o pubblico comparato [Ortino 1994; de Vergottini 2004; Morbidelli *et al.* 2004], anche stranieri [Jackson e Tushnet 2006], e le principali classificazioni derivano da criteri tradizionalmente utilizzati dalla dottrina [cfr. Volpi 2004, 283]. Di particolare interesse, per l'applicazione del metodo comparatistico, è la distinzione fra *Stato unitario* e *Stato composto*, con riferimento all'articolazione verticale del potere e alla distribuzione del potere di indirizzo politico, fra soggetti dotati di autonomia. Nello Stato unitario, il potere è attribuito allo Stato centrale o a soggetti da esso dipendenti, mentre in quello composto è distribuito fra lo Stato centrale ed enti territoriali distinti da esso, dotati di autonomia politica, normativa e amministrativa. Lo Stato composto presenta due diverse varianti: lo Stato *regionale*

e lo Stato *federale*. Non vi è un modello unitario di Stato federale, anche se la dottrina ne ha individuato *talune peculiarità*, come, ad esempio: *a*) l'esistenza di un ordinamento federale dotato di costituzione scritta e rigida e di alcuni enti territoriali dotati di proprie costituzioni; *b*) ripartizione delle competenze fra Stato centrale e Stati membri; *c*) presenza di una seconda camera federale, rappresentativa degli Stati membri; *d*) condivisione da parte degli Stati membri al procedimento di revisione costituzionale. Caratteristiche dello Stato *regionale* sono, ad esempio: *a*) la previsione costituzionale di enti territoriali dotati di autonomia politica e amministrativa; *b*) l'attribuzione di potestà normativa e statutaria. Pur non avendo valore prescrittivo, questi elementi descrittivi rappresentano, tuttavia, dei parametri di apprezzamento della attuazione coerente di idee di fondo cui gli ordinamenti oggetto di analisi si ispirano [Bognetti 1994, 171].

Fra i modelli più studiati nei corsi universitari sono sicuramente le esperienze degli Stati Uniti, del Canada, della Germania e del Belgio [cfr. Jackson e Tushnet 2006, 791], anche attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale (cfr. ad esempio *McCulloch v. Maryland* (17 US 316, 1819), sul tema degli *enumerated powers* riservati all'Unione; *Prinz v. United States* (521 US 898, 1997), sulla *dual sovereignty*; cfr. *amplius* Tarchi [1999, 3-114]; Jackson e Tushnet [2006, 172-220]), il cui studio è particolarmente importante per la comprensione delle relazioni fra formanti. Per quanto riguarda, invece, la forma di Stato regionale, particolare attenzione è dedicata dagli studiosi al modello delle comunità autonome, introdotte in Spagna dalla Costituzione del 1978.

Anche in relazione alle *forme di governo*, sono state elaborate classificazioni che ruotano attorno ai modelli di base del governo *parlamentare* (derivato dalla monarchia costituzionale) e quello *presidenziale*. Il modello parlamentare aveva in origine carattere *dualista* – e cioè basato sulla ripartizione del potere esecutivo fra il capo dello Stato e il governo, che doveva avere la doppia fiducia del capo dello Stato e del Parlamento – mentre il parlamentarismo monista è caratterizzato dal rapporto di fiducia fra Parlamento e governo. La forma di governo parlamentare può essere razionalizzata (come nel cancellierato tedesco), accentuando i poteri del capo del governo o del Parlamento. Caratteristiche della forma di governo presidenziale sono: l'elezione diretta del presidente da parte dell'intero corpo elettorale, l'esclusione

della sfiducia parlamentare e la presidenza del governo e la nomina dei ministri in capo al presidente. Ai due modelli parlamentare e presidenziale si sono aggiunti la forma di governo *direttoriale* in Svizzera e il *semipresidenzialismo* in Francia.

### b) I diritti fondamentali

Sin dalle origini dello Stato moderno, il tema dei *diritti fondamentali* è stato al centro dei dibattiti della scienza costituzionalistica, una «società aperta degli interpreti dei diritti fondamentali» [Häberle 1983, 176] e questo concetto di *società aperta* richiama l'idea di Gorla dei mondi comunicanti, quale presupposto per la comparazione giuridica, che deve essere, sostanzialmente, una *comparazione fra culture* (*Rechtvergleichung als Kulturvergleichung*). Il concetto di diritto fondamentale è legato all'esistenza dello Stato costituzionale e ne diviene oggetto di interpretazione in una prospettiva storico-costituzionale e comparatistica [cfr. Jellinek 1895].

Nell'*analisi semantica* dell'espressione «diritti fondamentali», si possono incontrare diverse definizioni, tanto a carattere *pregiuridico* – come, ad esempio, «affermazioni sulla posizione dell'uomo nella comunità aventi carattere normativo elementare oppure natura simile alle norme» [Zacher 1968, 36] – quanto con riferimento alla dottrina generale, come «le norme di diritto costituzionale oggettivo che regolamentano il rapporto dell'individuo con lo Stato» [Bleckmann 1979, 41]. Tuttavia, al di là delle numerose definizioni dottrinali, rinvenibili nei manuali di diritto costituzionale e/o pubblici, appare utile richiamare quali sono le principali caratteristiche dei diritti fondamentali dello Stato costituzionale. Secondo la classificazione introdotta da Häberle [1983, 177], i diritti fondamentali: *a*) soddisfano esigenze prevedibilmente mutevoli per l'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali; *b*) circoscrivono il rapporto dell'uomo e del cittadino con la comunità politica; *c*) costituiscono un bilanciamento di potere necessario alla democrazia pluralistica; *d*) sono una componente di integrazione del sistema politico, economico e culturale di un Paese; *e*) fanno sì che lo Stato costituzionale «prenda le mosse dalla *dignità umana come premessa*»; *f*) costituiscono una reazione alle «*fondamentali minacce all'uomo*» e al cittadino; *g*) hanno un contenuto aperto, tanto nelle funzioni, quanto nelle dimensioni e nella difesa; *h*) variano nello spazio e nel tempo.

Attraverso la comparazione giuridica sono stati analizzati numerosi problemi relativi ai diritti fondamentali – come, ad esempio, il riconoscimento di nuovi diritti, la tutela oppure, ancora, la loro limitazione – il cui studio si rinvia agli importanti scritti sulla materia [Häberle 1983; Panunzio 2005; Ridola 2006]. In questa sede, è opportuno soltanto segnalare quanto sia importante non solo lo studio del testo, ma anche dei contesti in cui questi diritti operano [Häberle 1983, 179].

### c) Costituzioni e costituzionalismo

Le carte costituzionali rappresentano una delle più importanti scoperte del pensiero moderno. Non sono comparabili con le costituzioni degli *Antichi*, che pure avevano interessato filosofi, come Platone e Aristotele, e illustri legislatori (cfr. *supra*, cap. I), per la loro ampiezza e il carattere universale e simbolico che le ha caratterizzate a partire da quella nordamericana del 1787. Inoltre, a differenza delle carte antiche, le costituzioni moderne si sono caratterizzate per la ricerca di un grado di effettività, e cioè dell'affermazione di uno strumento che permettesse di garantire la superiorità della *legge fondamentale*, rispetto alle altre fonti [Cappelletti 1975, VII].

Nella ricerca dei precedenti antichi della teoria della legge fondamentale, la dottrina non ha mancato di mettere in rilievo come nella antica civiltà ateniese si distinguesse il *nómos* – con cui si intendeva la *legge* in senso stretto – dallo *pséfisma*, con cui si indicava, invece, il decreto dell'assemblea popolare (*ecclesia*) [Cappelletti 1975, 31; Pegoraro 1998, 6]. Tanto Platone, quanto Aristotele, avevano messo in rilievo questi profili della legge, come norma al di sopra delle passioni umane, e della conseguente illegittimità della legge ingiusta [Corwin 1955, 7]. Il *nómos* identificava, infatti, una regola comune che, per sua natura, era sottratta «alle tumultuarie vicende della vita politica e ai colpi di testa delle assemblee» [Paoli 1933, 23] e la cui *modificazione* avveniva attraverso un procedimento di revisione particolarmente complesso, come accade, oggi, per le costituzioni e le leggi costituzionali.

In particolare, l'illegalità degli *pséfismata* produceva una duplice conseguenza: da una parte, la responsabilità penale di colui che aveva proposto il decreto, fatta valere con una specifica azione, chiamata *grafè paranómon*, e, dall'altra, la invalidità del decreto contrario alla legge [Battaglini 1957, 13]. Molti autori riprendono, ulteriormente, la distinzione aristotelica fra *politéia* e

*nómos* e cioè fra fondamenti dello Stato, espressione dei valori che identificano una comunità (*politéia*), e leggi che vengono emanate sulla base della *politéia* (*nómos*) [Morbidelli 2000, 56], per indicare l'esistenza di una legge superiore, all'idea di uno *ius naturale*, considerato norma superiore di ispirazione divina, cui ogni altra regola deve armonizzarsi, come anche le decisioni dello stesso sovrano [Battaglini 1957, 14; Mogens Herman 1974].

Il rapporto fra *regole fondamentali* (*ius naturale*) e *regole di svolgimento* (*ius positivum*) è noto in epoca medievale, pur non possedendo «alcuna caratterizzazione formale e neppure terminologica» [Morbidelli 2000, 56]. La *Magna Charta Libertatum* rappresentò un esempio di «legge fondamentale»: fu concessa da Re Giovanni nel 1215 e, come altre carte in quel periodo, conteneva l'impegno della Corona al rispetto dei diritti e delle libertà contenuti nella Carta. Se il riconoscimento delle libertà civili fu consolidato, sino agli inizi del XVII secolo, da altri documenti costituzionali, come la *Petition of Rights* (1628), l'*Habeas Corpus* (1679), il *Bill of Rights* (1689), l'*Act of Settlement* (1701), a dare, tuttavia, un forte sviluppo alla definizione dei contenuti e del significato della parola «costituzione» furono le teorie del *contratto sociale* e del *diritto naturale*. Lo svolgimento della vita sociale e dello Stato ha origine in un patto con cui il popolo – al quale la sovranità appartiene – sceglie e obbedisce a un Sovrano, tenuto anch'egli al rispetto del contratto e ai limiti in esso contenuti. La costituzione si pone così al di sopra delle autorità pubbliche da cui essa stessa trae il suo potere. Inoltre, sulla base della teoria del diritto naturale, l'uomo non può essere privato dei diritti fondamentali – come l'eguaglianza, la libertà, la proprietà –, appartenendo alla sua propria natura [Morbidelli 2000, 31; Jackson e Tushnet 2006, 190]. In tale prospettiva, un grande contributo fu dato da John Locke, nei suoi *Two Treaties of Government* del 1690, secondo cui il contratto costituiva la matrice legale dello Stato e di tutte le istituzioni civili e compito della legge era quello di positivizzare i diritti naturali. Dalla concezione della sovranità del diritto naturale derivò il sistema nordamericano di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi [Cappelletti 1975, 41]. Queste teorie furono positivizzate, dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776, nelle Costituzioni degli Stati nordamericani che contenevano dichiarazioni di diritti [cfr. Jelinek 1895, 27]. Il costituzionalismo inglese viene così importato nell'Europa continentale non «attraverso la Manica ma attraverso l'Atlantico, cioè con le

costituzioni d'oltre Oceano» [Morbidegli 2000, 62]. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789 contiene, infatti, principi comuni, come la separazione dei poteri, la tutela dei diritti, la sovranità popolare, il primato della costituzione sulle altre leggi, che si affermò con difficoltà sino all'introduzione del controllo di costituzionalità. Questi principi esprimono la nozione di costituzione attraverso il *costituzionalismo*, espressione che sta a indicare il complesso di istituzioni e di principi che, dopo essersi sviluppati in via consuetudinaria in Inghilterra, sono stati ripresi dalla Costituzione americana, dalle Costituzioni della Rivoluzione francese e, successivamente in altri ordinamenti. Per comprendere appieno l'essenza del costituzionalismo è necessario approfondirne le relazioni con i movimenti politici che, ispirandosi all'Inghilterra, avevano costruito la teoria della separazione dei poteri, del contratto sociale e del diritto naturale [Jackson e Tushnet 2006, 222].

#### d) **Il controllo di costituzionalità delle leggi**

Un altro tema affrontato nei corsi monografici di diritto pubblico comparato è quello del *controllo di costituzionalità delle leggi* [Mortati 1961; Cappelletti 1975; Lombardi 1985; Pegoraro 1998], la cui trattazione fa parte dei manuali stranieri di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato [Jackson e Tushnet 2006, 456]. Il tema della giustizia costituzionale è maggiormente frequente nei programmi universitari e ciò dipende, anche, dall'importanza che attualmente rivestono le corti costituzionali. Anche per quanto riguarda questo tema, si faranno soltanto brevi cenni rinviandosi lo studio alla dottrina richiamata nel testo. I principali profili da annotare riguardano l'aspetto soggettivo – e cioè quali siano gli *organi* cui spetta il controllo –, l'elemento modale – e cioè in che *modo* la questione di costituzionalità viene risolta e, infine, l'elemento funzionale, ossia gli effetti che la pronuncia dispiega in ordine alla legge sottoposta al controllo e, anche, in ordine al caso concreto da cui la questione di costituzionalità ha avuto inizio [Cappelletti 1975, 50]. In ordine al profilo soggettivo, in via di semplificazione, sono stati distinti due diversi tipi di sistemi: a) il *controllo diffuso*, in cui il potere spetta a tutti gli organi giudiziari di un certo ordinamento ed è esercitato incidentalmente, durante l'attività giurisdizionale; b) il *controllo accentrato*, derivato dal modello austriaco kel-

seniano (la *Verfassungsgerichtbarkeit*), il cui archetipo era stato introdotto nella Costituzione austriaca del 1920 (la *Oktoberverfassung*).

Accanto a queste modalità di controllo della legittimità costituzionale la dottrina ha evidenziato la presenza di ibridazioni fra il controllo nordamericano e quello austriaco, e, dunque, l'esistenza di un *tertium genus*, in cui sono presenti elementi del modello diffuso – come «un certo grado di diffusione della giustizia costituzionale, assicurata dall'incidentalità dell'accesso – insieme a elementi caratteristici della costruzione kelseniana, come l'accentramento delle decisioni in un organo giurisdizionale, nonché l'efficacia *erga omnes* delle sentenze» [Pegoraro 1998, 27]. Questo modello caratterizza, ad esempio, la giustizia costituzionale in Germania, in Italia e, parzialmente, in Spagna e si chiama *incidentale*, proprio perché deriva da un incidente, da un'eccezione o da una pregiudiziale nel corso di un processo davanti a un giudice. Ulteriormente, la dottrina ha evidenziato la presenza di esperienze straniere, dove il controllo diffuso si integra con l'attribuzione di competenze speciali a organi centralizzati, che esercitano una qualche forma di controllo di costituzionalità, come accade, ad esempio, in Portogallo e in Grecia [*ibidem*, 40].

Tuttavia, in presenza di modelli diversi, il comparatista si chiede quali siano le ragioni della scelta di uno piuttosto che di un altro [Cappelletti 1975, 59], lasciando emergere la necessità che il ricercatore sviluppi le sue indagini, avendo chiari i contesti in cui la scelta è stata operata.

Il secondo ambito di studio riguarda l'*accesso alla giustizia* costituzionale. In proposito, vale l'osservazione svolta in precedenza, secondo cui gli studenti iscritti a facoltà diverse da quelle di giurisprudenza incontrano difficoltà se privi di una base processualistica, che non si acquisisce, ad esempio, negli studi universitari di scienze politiche o di economia. In linea generale, l'accesso alle corti può avvenire in via diretta oppure incidentalmente per mezzo di un giudice. Nella prima ipotesi, questo accesso diretto è riconosciuto negli ordinamenti decentrati, ad esempio, agli enti regionali (o federati) avverso atti dello Stato centrale o federale (per esempio Spagna, Italia, Belgio, America latina, ecc.), ma anche agli enti territoriali in difesa dell'autonomia locale (Spagna, Germania). Un potere di bloccare preventivamente o di impugnare la sentenza successivamente è riconosciuto, in alcuni ordinamenti, al presidente della Repubblica (per esempio Francia, Portogallo, Ungheria, Roma-

nia, ecc.), oppure al presidente del governo (per esempio Francia, Portogallo, Spagna) o ad altri organi costituzionali (assemblee, difensore civico, partiti, ecc.). Quali sono le sentenze pronunciate nel giudizio di costituzionalità? L'alternativa accoglimento *versus* rigetto oggi appare limitata [Pegoraro 1999, 91] e le stesse corti hanno introdotto nuove tipologie di sentenze (additive, monitorie, parziali, interpretative, manipolative, ottative, di principio, ecc.). Infine, in ordine al vincolo delle sentenze di incostituzionalità (o che dichiarano la costituzionalità), vi è differenza a seconda che il controllo sia accentrato o diffuso, anche in ordine ai soggetti vincolati (le parti o anche altri soggetti).

Accanto alla classificazione di Cappelletti, altri Autori [ad esempio Pizzorosso 1982] hanno proposto di ripensare il classico schema binario di giustizia costituzionale ancorato alla fase del *controllo*, proponendo *altri modelli* incentrati sul rapporto tra controllo preventivo e successivo [Favoreau 1986] oppure utilizzando le categorie del controllo astratto e di quello concreto [Rousseau 1998], anche se nella dottrina è ben presente la convinzione che in ciascun ordinamento possono convivere modi diversi di controllo di costituzionalità (cfr. Germania, Spagna e Italia); e, dunque, coesistono modelli c.d. ibridi, che possono essere oggetto di analisi comparativa anche sotto il profilo funzionale e cioè degli scopi della stessa classificazione [cfr. Bagni 2005, 123 ss.]. Un contributo interessante per il comparatista viene dalla dottrina costituzionale spagnola – e iberoamericana – che ha messo recentemente in evidenza, con argomentazioni ulteriori, la necessità di rielaborare la modellistica classica [ad esempio Fernández Segado 2003; Fernández Rodríguez 2002].

#### 4. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO COMPARATO

---

Partiamo dalle origini del diritto amministrativo. La Rivoluzione francese aveva posto le basi per una scienza giuridica nuova – o quanto meno con caratteri strutturalmente diversi rispetto alle forme di amministrazione, pur esistenti, in periodo prerivoluzionario – sviluppatasi con l'affermarsi degli Stati moderni, a partire dai Trattati di Westfalia. 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. Nella prospettiva di fine secolo, sembravano non esserci fondamentali differenze tra sistema italiano, francese, tedesco e inglese, come confermarono le interazioni tra le culture giuridiche e gli studi dei maestri di fine secolo, fra i quali Cammeo, cui non era sfuggito che il diritto comparato avesse un relevantissimo valore teorico. A confermare, poi, lo straordinario parallelismo con cui gli ordinamenti europei si svilupparono, potrebbe essere sufficiente ricordare che il diritto amministrativo, inteso come autonoma scienza giuridica, sorse quasi contemporaneamente in Germania, Francia e Italia – sia pure con evoluzioni diverse – con l'affermarsi degli Stati nazionali.

La circolazione dei modelli e l'utilizzo del metodo comparato favorirono l'elaborazione delle prime opere sistematiche di *diritto amministrativo comparato* – come quella di Batbie iniziata nel 1862 e quella di Goodnow del 1893, che rappresentarono un primo tentativo di delineare i fondamenti di una scienza giuridica *in progress* e di isolare le principali convergenze tra diritti appartenenti a famiglie diverse, ma a ordinamenti comunicanti. Ciò che si può osservare nella poderosa opera di Goodnow [1902] è soprattutto l'idea che il punto di partenza per la comparazione nel diritto amministrativo fosse quello di tracciare i confini di questa scienza, che, sotto il profilo materiale, non era coincidente nei Paesi appartenenti alle famiglie di *civil law* e di *common law*. Goodnow manifestò l'intenzione di illustrare, da una parte, i metodi dell'organizzazione amministrativa adottati negli Stati Uniti, in Inghilterra, in Francia e in Germania, oltre a definire le relazioni con il diritto costituzionale e il diritto pubblico e, dall'altra, di delimitare la sfera dell'azione amministrativa, individuando le competenze dei corpi amministrativi, i diritti riconosciuti ai cittadini e le sanzioni per la loro violazione.

Alle opere di Goodnow e Batbie, veri trattati di diritto amministrativo comparato, non fece seguito un significativo sviluppo di tali studi, a differenza di quanto era, invece, accaduto per il diritto privato o il diritto costituzionale. Gli studi di diritto amministrativo della fine del secolo, ritenuti, si arrestarono con l'affermarsi dello Stato di diritto, a conclusione della fase originaria della scienza amministrativa, ormai matura non soltanto a esercitare l'usuale metodo di approfondire la conoscenza di un ordinamento grazie all'esame di altri sistemi – anche se questo non è necessariamente comparazione nel senso in cui è stato inteso nel presente volume – ma pronti anche a far emergere dall'analisi

dei diversi ordinamenti comuni profili di organizzazione e di procedura, ed a poter parlare dell'amministrazione secondo quei criteri classificatori omogenei accettati per le altre branche del diritto [Chiti 1990, 206].

Nonostante tali premesse, che avrebbero fatto pensare ad una evoluzione nei processi di circolazione e recezione dei modelli, a cavallo dei due conflitti mondiali si verificò l'arresto di questo processo aperto – che aveva interessato anche la comparazione in diritto amministrativo e i meccanismi di recezione – e soltanto alla fine del secondo conflitto mondiale è ripreso in modo sistematico lo studio a livello generale e l'insegnamento universitario del diritto amministrativo comparato, prima in Francia e in altri ordinamenti continentali. L'atteggiamento di chiusura verso i diritti di altri Paesi aveva rafforzato la tendenza a utilizzare lo studio di altri ordinamenti non con afflato comparatistico, ma per rafforzare il convincimento della superiorità di un ordinamento rispetto ad un altro – ad esempio, le corti inglesi su quelle francesi – o della preferenza di un determinato istituto di diritto interno, riducendo così il lavoro del comparatista ad una attività di commisurazione del diritto straniero agli stilemi del proprio diritto di origine [Lombardi 1986, 31].

Le ragioni di ciò risiedevano, come si è detto, principalmente nell'impronta tipicamente nazionale che il diritto amministrativo assunse con il raggiungimento di un assetto europeo relativamente stabile: l'apogeo dell'impero britannico, la realizzazione dei primi compiuti modelli di amministrazione, lo sviluppo delle legislazioni nazionali, come fonte preminente del diritto, con la conseguente prevalenza di divergenze piuttosto che di convergenze. Questo atteggiamento era strettamente legato anche a ragioni politiche – come un approccio di tipo storico potrebbe dimostrarci – e, in particolare, al consolidarsi di un diritto amministrativo strumentale al percorso di costruzione dei grandi Stati europei e della loro forma di governo. Peraltro, anche in relazione alla giustizia amministrativa, la dottrina aveva sottolineato la relazione con la forma di governo, e i diversi, conseguenti, sviluppi a seconda del peso delle componenti storico-politiche tipicamente nazionali [Ferrari 1991, 571].

Nella formazione del diritto amministrativo europeo continentale, Francia e Germania ne rappresentarono gli *archetipi*, pur con asimmetria nello sviluppo e nei meccanismi di recezione negli altri ordinamenti. Come è noto, dopo la Rivoluzione francese, nell'Europa continentale si sviluppò, con l'affermarsi della codicistica e della teoria dell'interpretazione secondo il

metodo esegetico, un doppio percorso, da una parte, incentrato sul modello codicistico francese. E, dall'altra, proseguì in forme nuove ed originali dell'antico *ius commune* rappresentato dall'*usus modernus Pandectarum*.

A proposito del sistema del diritto amministrativo, fin dalla sua origine emerse un dualismo di tendenze e di metodo, che giunse sino a una diversa concezione della scienza, e rispondeva a due scuole nazionali in antitesi: la francese e la tedesca. Lo sviluppo del diritto amministrativo non poteva prescindere dalla diversa impostazione concettuale dei due modelli, i prototipi, di cui in vario modo altri Paesi dell'Europa continentale recepirono i tratti caratteriali. Al riguardo appare significativo che l'opera di Goodnow sia stata costruita sulla scelta dei modelli francese e tedesco come termini di comparazione con quello inglese (e americano) di *common law* e questa opzione caratterizzò in modo significativo l'impostazione del suo *Administrative Comparative Law*, e dei successivi studi comparatistici di diritto amministrativo [Recchia 1996].

---

## 4.1. Oggetti di studio

### 4.1.1. L'azione amministrativa

L'azione dei pubblici poteri è stata sempre caratterizzata dal contenuto della discrezionalità dell'amministrazione e dall'esistenza di zone franche a suo favore (Dicey). Questo tema era stato al centro di un forte dibattito, sia sul modello (di amministrazione fortemente centralizzata) ereditato dalla Rivoluzione francese e dalla organizzazione napoleonica, sia in relazione agli istituti a tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Su tale ultimo aspetto, si può osservare, ad esempio, con riferimento agli ordinamenti anglosassoni, che alla posizione dell'amministrazione si contrapponeva una incrollabile fiducia nella capacità del giudice di *common law* di tutelare le aspettative private verso l'apparato pubblico con piena autonomia di giudizio e in forma del tutto equoordinata alla garanzia dei rapporti interprivati senza sottolineatura della specialità dell'ordinamento dell'amministrazione, mentre i teorici francesi della giurisdizione unica, il costituente belga e il legislatore italiano dell'unificazione si muovevano in una prospettiva completamente diversa [Ferrari 1991, 570].

Per quanto riguarda la *disciplina costituzionale* dell'attività amministrativa e, in modo particolare, i suoi principi, si può osservare come non sempre le costituzioni abbiano previsto una disciplina specifica, essendo possibile rinvenire dei richiami indiretti in relazione ai diritti e alle libertà dei cittadini oppure incidentalmente nelle funzioni delle corti costituzionali o, più in generale, della magistratura. Queste scelte sono in parte condizionate dalla *forma di governo* e dalla sua trasformazione. La previsione costituzionale del *principio di legalità* rappresenta un parametro comune a moltissime costituzioni. Nelle riforme costituzionali più recenti vengono introdotti principi che valorizzano l'aspetto organizzativo dell'amministrazione, come il principio di semplicità e di efficienza dell'azione pubblica.

#### **4.1.2. Il procedimento amministrativo**

Negli ordinamenti democratici la procedimentalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione costituisce un fenomeno diffuso, oggetto di comparazione e di recezione. Il procedimento come anche la giustizia amministrativa rappresentano dei temi classici nello studio comparato delle amministrazioni pubbliche e sono oggetto di processi circolatori, in cui il formante giurisprudenziale è sempre in movimento, insieme a quello normativo. Ciò sta a significare che l'esistenza di una legge sul procedimento non impedisce alla giurisprudenza di interpretare le disposizioni di legge, come anche di introdurre principi nuovi dei quali il legislatore tiene conto in sede di riforma, come è accaduto in passato in Germania o in Spagna.

In Europa, la prima legge generale sul *procedimento amministrativo* venne approvata nel 1889 in Spagna, con lo scopo di limitare la discrezionalità dell'agire amministrativo, a vantaggio di una regolazione unitaria, tendenzialmente contrapposta al particolarismo e alla frammentazione delle singole norme, da cui i procedimenti traevano origine e venivano disciplinati. La tendenza delle legislazioni positive a disciplinare l'azione della pubblica autorità secondo moduli procedimentali si consolidò nei Paesi c.d. a diritto amministrativo ed ebbe una prima compiuta attuazione nella legislazione austriaca del 1925, che comprendeva cinque diverse leggi sul procedimento. In questa legge, venne organicamente sistematizzata la giurisprudenza elaborata dal Tribunale amministrativo di Vienna, che aveva per lungo tempo interpretato il principio,

contenuto nella legge del 22 ottobre 1875, dell'annullamento delle decisioni amministrative adottate senza tenere conto dei principi del procedimento. Il modello austriaco ha rappresentato un prototipo oggetto di recezione in molti Paesi, e fu caratterizzato da una prospettiva di partecipazione contrapponendosi ad altri modelli in cui le procedure erano strumentali alla posizione di supremazia assunta per lungo tempo dall'amministrazione pubblica. Tali contrapposti modelli sono definiti partecipativo (*interest representation model*) – in cui l'amministrazione deve ascoltare le parti e tenere conto del loro contributo – e neoclassico (*neoclassical model*), caratterizzato da una concezione tradizionale dei pubblici poteri, che agiscono secondo le previsioni del legislatore nell'ambito di una discrezionalità limitata soltanto dal principio di ragionevolezza. Questi due modelli, in parte, convivono anche negli ordinamenti dove esistono leggi generali sul procedimento amministrativo, come ad esempio negli Stati Uniti, dove la presenza del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946 non ha impedito al giudice di valorizzare entrambi i principi, come nel caso *Overton Park* (1971) e nel caso *Chevron* (1984). Se il primo modello, orientato in senso garantistico, si è diffuso negli ordinamenti di *common law* e nei Paesi dell'Europa centrale e settentrionale, il secondo, che si caratterizza per la protezione degli interessi dell'amministrazione, viene recepito negli ordinamenti c.d. latini, in cui la legislazione sul procedimento si innesta in una struttura tradizionale di pubblica amministrazione.

Ai due modelli principali, austriaco e anglo-americano, si sono affiancate altre soluzioni c.d. *ibride*, in cui vengono associati a regole parziali di diritto scritto riferimenti alla giurisprudenza amministrativa, come ad esempio in Francia.

I moduli dello Stato a diritto amministrativo hanno cominciato ad affermarsi nei Paesi di *common law* soltanto in tempi recenti: dopo il secondo conflitto mondiale in Inghilterra e il *new deal* rooseveltiano negli Stati Uniti. Negli anni Cinquanta in Inghilterra vennero pubblicate importanti opere, come i *Principles of Administrative Law* di J. Griffith e H. Street del 1952, in cui furono sistematizzati i risultati di un ventennio di giurisprudenza e di dottrina. Analogamente i giurispubblicisti americani del secondo dopoguerra avevano assunto posizioni in parte coincidenti.

In Inghilterra i principi dell'azione amministrativa, anche sotto il profilo procedurale, avevano trovato riconoscimento nell'elaborazione giurisprudenziale. La *judicial review* aveva progressivamente individuato i vizi del-

l'attività procedurale, restando nell'ambito della *ultra vires doctrine*, sino a definire in via sistematica le categorie di vizi dell'attività amministrativa [Wade 1961, 47; Ferrari 1991, 572].

Negli Stati Uniti l'affermarsi di questi principi, nonostante la forte opposizione del ceto forense, era avvenuto con maggiore rapidità con l'approvazione del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946.

Lo sviluppo della normativa sul procedimento amministrativo ha avuto nei due Paesi una genesi in parte comune legata alla crescita del potere normativo del governo ricondotto nell'istituto della *Delegation*. In Inghilterra, il fondamento di tale potere scaturì dal *Case of proclamations* del 1610. Con l'espansione dello Stato sociale il controllo parlamentare della *delegated legislation* divenne pressoché impossibile e si resero pertanto necessarie regole procedurali che temperassero la mancanza di tale controllo. Negli Stati Uniti, già nel XVIII secolo venivano concessi *regulatory powers* ad agenzie. Tali poteri si svilupparono a partire dagli anni Trenta in conseguenza del fenomeno di industrializzazione, e trovarono sempre minori ostacoli da parte della Corte Suprema a riconoscere deleghe in blocco da parte del Congresso.

Alla comune matrice genetica dei due ordinamenti non corrisposero, tuttavia, analoghi profili organizzativi. Nell'ordinamento britannico si affinarono tecniche di *judicial review* per individuare ampie categorie di vizi procedurali, introducendo forme di controllo *quasi-judicial* e organi collegiali giudicanti quali gli *Administrative Tribunals*. Negli Stati Uniti, invece, il procedimento amministrativo viene disciplinato in modo specifico secondo stilemi di forte giurisdizionalizzazione.

#### **4.1.3. La giustizia amministrativa**

L'esercizio dell'attività amministrativa è sottoposto a controllo da parte del giudice per verificare la corrispondenza dell'esercizio del potere a requisiti di legittimità e di opportunità, secondo modelli di giustizia diversi, elaborati in funzione delle peculiarità dei singoli ordinamenti. Sotto il profilo definitorio, il concetto di giustizia amministrativa esprime il complesso dei ricorsi e delle azioni volte a tutelare il cittadino contro la pubblica amministrazione.

Anche se la molteplicità delle esperienze di giustizia amministrativa rende inefficace un tentativo di classificazione, possono essere distinti, da un profilo

meramente descrittivo, due modelli contrapposti, entrambi derivati dal costituzionalismo liberale: quello monistico – in cui la tutela del privato contro l'amministrazione è affidata a un unico giudice (o ordine di giudici) – e quello dualistico, in cui la tutela è ripartita fra un giudice ordinario e un altro giudice, che è il giudice amministrativo.

Questi due modelli sarebbero derivati, secondo il pensiero di Dicey – che si collocava nel dibattito del liberalismo inglese del XIX secolo –, dalla diversa evoluzione del principio della separazione dei poteri in America e nell'Europa continentale, nella fase genetica dello Stato di diritto [Ferrari 1991, 599].

Negli ordinamenti anglo-americani tendevano a prevalere la *supremacy of the law* e la sovranità del Parlamento – tratti fondanti dello Stato costituzionale –, che impedivano tendenzialmente il formarsi di aree di esclusione del controllo del giudice a favore della pubblica amministrazione. E se, da una parte, venivano riconosciuti taluni temperamenti a questo principio (necessità del previo *fiat* per l'instaurazione di azioni giudiziarie, l'inesperibilità dei rimedi al *tort* del sovrano o dei suoi agenti, ecc.), dall'altra veniva mantenuta una solida fiducia nella capacità delle istituzioni giudiziarie di *common law* di tutelare le aspettative dei privati.

Una separazione tra la giurisdizione amministrativa e l'amministrazione pubblica si ebbe nella seconda metà del XIX secolo, venendosi a colmare un vuoto di garanzia per gli amministrati che le leggi prussiane di inizio secolo avevano prodotto, da quella del 26 dicembre 1808 a quella del 1° maggio 1842. In particolare, questi provvedimenti avevano razionalizzato la tendenza assolutistica di sottrazione dell'amministrazione al controllo del giudice ordinario, attribuendo ai tribunali ordinari la soluzione di tutte le controversie con lo Stato di ordine patrimoniale e privato e riservato alla stessa amministrazione la decisione su reclami concernenti l'esercizio di poteri pubblici, e involgenti interessi non elevati a diritti soggettivi pieni. Prima di questa separazione, circolavano due diversi modelli di giustizia amministrativa, quello tedesco-meridionale, influenzato dal modello napoleonico, e quello prussiano, consolidato nella Germania settentrionale, che si contrapponeva al precedente.

I modelli monistici possono essere classificati a seconda che sia il giudice ordinario ad essere titolare della competenza a giudicare delle controversie con la pubblica amministrazione – *sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria* – e ipotesi in cui spetti al giudice amministrativo la

competenza a decidere le medesime controversie e cioè *sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione amministrativa*. Possono essere classificate nei primi, denominati sistemi di giurisdizione unica, le esperienze di giustizia amministrativa dei Paesi anglosassoni e, in forma attenuata, quella del Belgio. In particolare, per quanto riguarda i Paesi anglosassoni (*in primis*, Inghilterra e Stati Uniti), occorre sottolineare come essi si siano caratterizzati per essere ordinamenti privi di istituti specifici di giustizia amministrativa e che la tutela del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione sia affidata allo stesso giudice che regola i rapporti interprivati.

Il cittadino è protetto da una serie di rimedi (*remedies*). Tra i più antichi (quelli di *common law*), i *prerogative orders*, possono essere ricordati: la *prohibition* (ordine che viene impartito all'amministrazione di non porre in essere un atto illegale perché *ultra vires* o in contrasto con le regole della *natural justice*), il *certiorari* (annullamento di un atto amministrativo per le medesime ragioni oppure viziato da errore di diritto immediatamente rilevabile), il *mandamus* (ordine di adempiere a un pubblico dovere imposto dalla legge o da altra fonte). Quelli più recenti (gli *equitable remedies*) sono finalizzati a supplire ai limiti degli strumenti di *common law*; essi sono la *injunction* (pronuncia con cui viene imposto a un soggetto di compiere un determinato atto – *mandatory* – oppure di astenersi – *prohibitory*) e la *declaratory action* (pronuncia dichiarativa dei rapporti giuridici in essere tra le parti in causa). Il modello inglese della giurisdizione unica del giudice ordinario fu recepito in Italia e Belgio.

Accanto al sistema monistico con prevalenza del giudice ordinario, vi sono sistemi monistici con prevalenza del giudice amministrativo che vengono definiti anche del contenzioso amministrativo. Il modello, recepito dall'esperienza francese, è stato introdotto in Germania, Francia e negli Stati italiani preunitari. La circolazione del modello prussiano si caratterizzò per una giurisdizione amministrativa estesa al merito, mentre quello tedesco-meridionale fu incentrato sul sindacato di legittimità dell'azione amministrativa.

Per quanto riguarda il *modello dualistico*, si può osservare come il medesimo sia previsto soltanto nell'ordinamento italiano (in origine monistico), in cui sono previsti due diversi ordini: i giudici ordinari e i giudici amministrativi. Il modello si presenta recessivo, anche alla luce dell'evoluzione della giustizia amministrativa a livello comunitario.

# Conclusioni

## IL «CALEIDOSCOPIO DI WIGMORE» E IL DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

---

I lettori giunti sino a questo punto – obbligati, almeno per debito didattico, a cimentarsi con illusioni ottiche e strumenti di viaggio – saranno portati a chiedersi se queste pagine corrispondano, in qualche misura, alle loro aspettative dal punto di vista dell'apprendimento e, cioè, in buona sostanza, se la *metodologia comparatistica* sia più o meno necessaria e, nel caso affermativo, in che misura. In proposito, va ricordato che la recente riforma degli ordinamenti universitari ha imposto un adeguamento della didattica a nuovi parametri – costruiti sul rapporto fra crediti formativi e ore di lezione più studio individuale – che, di fatto, hanno reso necessaria la pubblicazione di manuali e volumi a carattere metodologico strutturati per i nuovi percorsi di studio. La prospettiva di riduzione – auspicabilmente solo quantitativa – della manualistica tradizionale dovrebbe, tuttavia, tenere conto della necessità di mantenere costante lo studio del metodo comparatistico nelle aule universitarie. Questa scelta è evidentemente rimessa ai docenti che insegnano diritto pubblico comparato e che si caratterizzano per qualità diversissime.

Non si può, ad ogni modo, dubitare che l'insegnamento di materie comparatistiche costituisca un'*opportunità* per lo studio del diritto. Lo studente, istintivamente, non sa comparare e, di conseguenza, i corsi in materie comparatistiche sono istituiti proprio per aiutarlo. L'avvio di questi corsi potrebbe essere dedicato alla metodologia e a porre le basi di un approccio di

tipo cognitivo. In proposito, è stato opportunamente messo in rilievo che «il punto di partenza delle qualità del comparatista (ricercatore o professore che sia) è lo spirito di osservazione» [Sacco 1992b, 299]. Di questa proposizione sono pienamente convinto: lo spirito di osservazione rappresenta una condizione necessaria per lo sviluppo delle qualità del comparatista, che prima di divenire tale – se lo diverrà – acquisirà, come *studente*, sui libri di testo e durante le lezioni universitarie, i primi rudimenti della comparazione e del suo metodo. Sin dall'inizio, lo studente incontra due ordini di difficoltà: da una parte, quella di reperire i dati relativi al diritto straniero, di comprendere tassonomie e metodi effettivamente seguiti da giuristi di un altro Paese, dall'altra, «è portato a considerare la nozione giuridica come un pezzo di letteratura, più che a parametarla con un sistema ordinato di questioni» [*ibidem*, 298].

Per questa ragione, è stato dedicato, nel terzo capitolo, *L'oggetto della comparazione*, uno specifico paragrafo (par. 1) al tema della *percezione e degli oggetti della comparazione*, condividendo l'assunto che «solo chi sa osservare scopre le concordanze, e, se del caso, le divergenze. Il resto poi, a poco a poco, viene da sé» [*ibidem*, 299]. Nello spirito di questo libro, si è pensato di richiamare, in conclusione, il comparatista americano Wigmore, che, in una sua opera rimasta famosa, attraverso l'immagine di un *caleidoscopio*, ha cercato di mettere in luce la relazione fra la *giustizia* e gli elementi variabili del caleidoscopio [Wigmore 1941, V].

Questa immagine era stata presentata nell'Introduzione e si è ritenuto opportuno riproporla alla fine del libro, dopo altre immagini, proprio per la sua capacità di evocare la ricerca degli *elementi di base* utili alla definizione di oggetti, come anche di *matrici* utili alla costruzione di modelli teorici [Zeller 2000, 126]. Come si era già considerato (cfr. cap. III), nella prospettiva del diritto pubblico i formanti ci consentono non solo di comprendere, accanto all'assetto del diritto costituzionale vigente, le peculiarità di un istituto giuridico, ma anche la soluzione di un problema di diritto. Ma possono, anche, fornirci punti di partenza, matrici, da sviluppare in un successivo ragionamento giuridico, anche in sede di interpretazione. Abbiamo definito queste matrici *neo-formanti* (*neo-formants*) (cfr. cap. III).

L'idea del caleidoscopio potrebbe, forse, nella prospettiva dello studente, costituire un ausilio visivo per meglio comprendere la trasformazione delle

componenti di un ordinamento, attraverso il suo movimento [Wigmore 1941].

Wigmore presenta la figura di partenza del suo caleidoscopio (fig. 1 - *basic pattern*) e si chiede quali siano gli elementi variabili nella figura successiva e quali, invece, siano gli *elementi* che restano *inalterati*, nonostante la combinazione di disegni sempre nuovi. Guardando, ad esempio, la figura, dopo la rotazione del cilindro, si vede un'immagine nuova e diversa rispetto alla figura 1 (fig. 2 - *Europa*), che, tuttavia, contiene alcuni elementi (pezzetti di vetro) che non cambiano mai. In che modo è possibile cogliere le differenze, considerato che le figure sembrano non avere nulla in comune, fra l'istituto della giustizia, inteso come modello «di base» (fig. 1), e il modello «europeo» di giustizia (fig. 2)?

Le variazioni del caleidoscopio possono essere innumerevoli, analogamente a quanto può accadere per i formanti. Tuttavia, Wigmore si chiedeva quali fossero gli *elementi variabili* ricorrenti, facendovi rientrare, ad esempio:

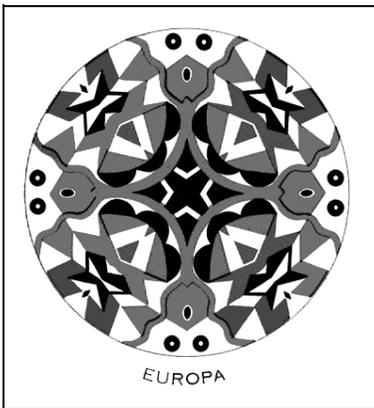


fig. 2.

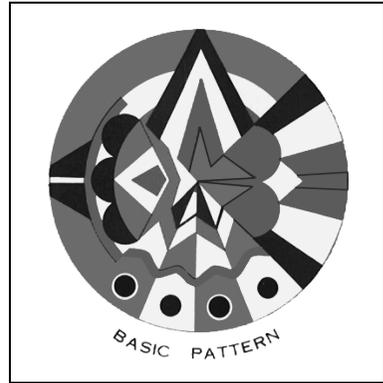


fig. 1.

il genere di comunità in cui il processo si svolgeva; il soggetto che esercitava il potere giudiziario; il personale del tribunale; le parti; la ricerca, l'arresto e la detenzione del colpevole; l'opportunità di avere un'udienza; la tipologia delle prove; le decisioni di assoluzione o di condanna. Tutti questi *elementi* del processo *si modificano* nel tempo e nello spazio, ma «sono latenti in una forma o in un'altra, sebbene producano una *differente figura* in ogni Paese ed epoca» [*ibidem*, V].

I disegni proposti nel terzo capitolo, e le immagini del caleidoscopio, possono rappresentare un banco di prova per comprendere se, e fino a che punto, l'insegnamento del diritto pubblico comparato può essere migliorato, seguendo un approccio «cognitivista», cercando cioè di penetrare all'interno, di indirizzarsi verso «il nucleo» delle diverse regole 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. La percezione è, tuttavia, condizionata all'ambiente e alla tradizione culturale da cui un soggetto proviene. Ad esempio, nella figura triangolare ideata dal triestino Kanisza (fig. 3), secondo un approccio cognitivista, la superficie percepita attraverso i contorni rappresenta un problema di interpretazione d'immagine: posso descrivere questa immagine come costituita da tre angoli e tre settori circolari neri, oppure come formata da tre dischi neri e un triangolo a tratti, parzialmente coperti da un triangolo bianco. Le forme sono legate alla nostra cultura, come, ad esempio, le lettere dell'alfabeto e, in ogni caso, tutte le forme più complesse [cfr. Ninio 1998].

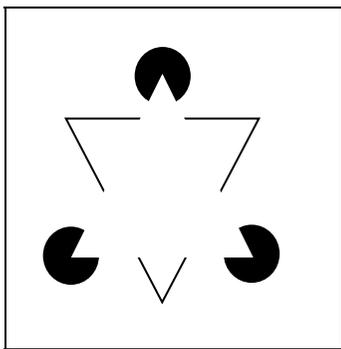


fig. 3.

Così si può presumere che gli appartenenti alle società tribali fossero meno sensibili di noi nel misurarsi con le illusioni geometriche [Izorche 2001, 319]. Wigmore ci mette in condizione, attraverso quello che definisce un «intrattenimento informativo», di studiare il diritto pubblico comparato da una prospettiva attenta alla storia e alla cultura dei luoghi. Le *frontiere* del diritto comparato dipendono anche dal ruolo assegnato alla storia e, in particolare, alla storia del diritto nella formazione del giurista (comparatista) [Hilaire 1998, 322].

Per concludere su questo punto, va detto che l'utilizzo di un approccio cognitivo è affidato alla esclusiva scelta del docente, ma, in ogni caso, lo studio della metodologia – prima che dei sistemi giuridici – dovrebbe fare parte, o addirittura *precedere* lo studio del manuale o del volume a carattere monografico. L'approfondimento del metodo può rappresentare la ricerca di un

*common point of view*, che potrebbe tradursi, tanto per i privatisti quanto per i pubblicisti, in una tensione condivisa per un modello di insegnamento del diritto comparato, che può avere in comune, in primo luogo, i sistemi giuridici, le famiglie, i crittotipi, la circolazione dei modelli e il metodo comparatistico. In proposito, si deve ritenere imprescindibile lo sviluppo di sinergie didattiche e scientifiche, almeno per procedere a classificazioni nuove, che siano adeguate agli avvenimenti susseguenti alla caduta del muro di Berlino e alle trasformazioni intervenute in Paesi come la Cina, o l’Africa. Inoltre, e questo riguarda da vicino il diritto costituzionale comparato, queste classificazioni sono state elaborate senza tenere alcun conto della prospettiva giuspubblicistica, che avrebbe senz’altro prodotto una diversa classificazione dei sistemi in famiglie giuridiche [Markesinis 2003, 15]. E di questo bisognerebbe anche tener conto nella scelta degli strumenti per la didattica del diritto comparato.

Un’altra considerazione riguarda il *peso* da attribuirsi, nell’assetto complessivo della formazione giuridica universitaria, al diritto comparato.

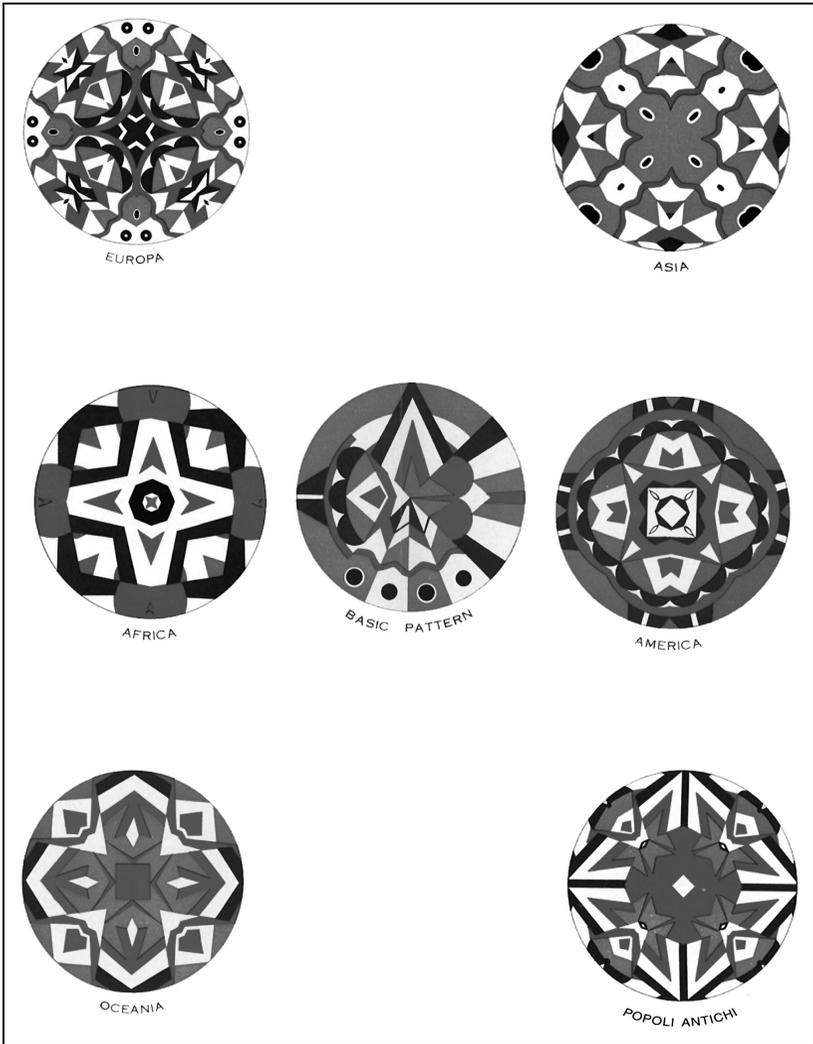
Il futuro giurista, con l’apprendimento di comuni principi, forma progressivamente strumenti che gli consentono di guardare più in là dei confini nazionali e, di conseguenza, è opportuno che familiarizzi, sin dagli studi universitari, con il diritto comparato, a prescindere che esso riguardi i sistemi giuridici comparati, oppure il diritto pubblico o il diritto privato comparato. Proprio in relazione all’evolversi dell’ordinamento comunitario e ai processi di internazionalizzazione del diritto, sembra evidente la necessità di attribuire al diritto comparato uno *spazio adeguato* a quello riempito dal diritto interno.

Le peculiarità dei singoli corsi impartiti, e, dunque, la distinzione fra gli insegnamenti comparatistici, non dovrebbero generare una contrapposizione fra quelli di diritto pubblico o costituzionale comparato e quelli di diritto privato comparato, ma piuttosto una distinzione fra insegnamenti a carattere teorico – in cui potrebbe essere studiato il metodo comparatistico – e insegnamenti in cui applicare il metodo comparativo in relazione a temi specifici [Pizzorusso 1980, 140].

Questa scelta potrebbe essere integrata con un’efficace attività di esercitazione (anche su *case-law*), è frequente nei corsi della facoltà di giurisprudenza, ma non per l’insegnamento delle materie comparatistiche in quella di scienze politiche. Mancano, infatti, nei piani di studio insegnamenti nelle discipline processualistiche, e, dunque, appaiono evidenti le difficoltà di

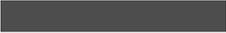
procedere con questa metodologia – che, quando utilizzata, aumenta sensibilmente l'attenzione e l'interesse degli studenti – salvo che non si introducano, accanto alla metodologia, alcune lezioni sulla struttura delle sentenze e, in sintesi, su come si svolge un processo e con quali attori.

Molte altre cose avrebbero potuto essere dette, sotto il profilo metodologico, circa l'insegnamento del diritto pubblico comparato. Ma queste pagine sono soltanto un piccolo itinerario, segnato accanto alle strade maestre, che ho cercato di indicare, senza dimenticarne alcuna; spero, tuttavia, che possano essere di qualche utilità, come sussidio didattico. Mi è mancato un vero «atlante» di diritto pubblico comparato – come è per il diritto privato [Galgano 1999] – ma, forse, potrebbe fare parte di un altro «racconto di viaggio». Per il lettore che è giunto fin qui, ho ruotato ancora «il caleidoscopio di Wigmore». Ci sono, ancora, infinite rotazioni da fare, come forse direbbe Paul Auster, per «far succedere le cose nel futuro».



**fig. 4.** Il caleidoscopio della giustizia di Wigmore.





# Riferimenti bibliografici



# Riferimenti bibliografici

ABEL, R.L.

1978 *Comparative Law and Social Theory*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 26, pp. 219-248.

ACKERMAN, B.A.

1991 *We the People*, vol. I: *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

ADAMS, G.B. e STEPHENS, H.M.

1901 *Selected Documents of English Constitutional History*, New York, The Macmillan Company.

AINSWORTH, J.E.

1996 *Categories and Culture: On the «Rectification of Names» in Comparative Law*, in «Cornell Law Review», vol. 82, pp. 19-42.

AJANI, E.

1990 *La circulation des modèles juridiques*, in «Revue internationale de droit comparé», vol. 42, pp. 461-467.

AJANI, G.M.

1997 *Il modello post-socialista*, Torino, Giappichelli.

ALPA, G.

2004 *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, in B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland, Oreg., Hart Publishing; trad. it. di V. Levi e N. Pasquini, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milano, Giuffrè, 2004.

AMARI, E.

1857a *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova, R.I. de' Sordomuti, rist. an., vol. I, Palermo, Edizioni della Regione siciliana, 1969.

1857b *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova, R.I. de' Sordomuti, rist. an., vol. II, Palermo, Edizioni della Regione siciliana, 1969.

AMORTH, A.

1947 *Corso di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè.

ANCEL, M.

1971 *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éd. Ides et Calendes; trad. it. di P. Stanzone e P. Autorino Stanzone, *Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi di introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Napoli, Jovene, 1974.

ASCARELLI, T.

1952 *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè.

ATTAL, M.

2004 *La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français*, in «Revue internationale de droit comparé», vol. 56, n. 4, pp. 929-946.

AUSTER, P.

2003 *Oracle Night*, New York, Henry Holt; trad. it. di M. Bocchiola, *La notte dell'oracolo*, Torino, Einaudi, 2003.

BAGNI, S.

2005 *Funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato e governi periferici*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice.

BARDUSCO, A., FURLAN, F., IACOMETTI, M., MARTINELLI, G., VIGEVANI, G.E. e VIVIANI SCHLEIN, M.P.

2005 *Costituzioni comparate*, Torino, Giappichelli.

BARTOLE, S.

2004 *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino.

BATBIE, A.

1862 *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne, et de l'Espagne, la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon/Libraire du Conseil d'État, voll. I-VIII, 1862-68.

BATTAGLINI, M.

1957 *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè.

BEAUPRÉ, R.M.

1987 *La traduction juridique - Introduction*, in «Les Cahiers de Droit», vol. 28, n. 4, dicembre, pp. 735-745.

BERGMANS, B.

1987 *L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé: l'exemple de l'allemand*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 1, pp. 87-110.

BERKOVITZ, D., PISTOR, K. e RICHARD, J.-F.

2003 *The Transplant Effect*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 51, pp. 163-203.

BISCARETTI DI RUFFIA, P.

1969 *Introduzione al Diritto costituzionale comparato. Le «forme di stato» e le «forme di governo». Le costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè.

BLECKMANN, A.

1979 *Staatsrecht II. Allgemeine Grundsrechtslehren*, Köln, Heymann.

BOGNETTI, G.

1994 *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, Giappichelli.

2006 *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione. Appunti a margine di un libro di S. Bartole*, in «Associazione dei costituzionalisti italiani», pp. 1-102.

CALASSO, F.

1954 *Medio Evo del diritto. Le fonti*, vol. I, Milano, Giuffrè.

1964 *Diritto (le basi storiche della partizione)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Milano, Giuffrè, pp. 822-846.

CAPOBIANCO, G.L.

1936 *Lineamenti di diritto pubblico interno e comparato: moderne costituzioni*, Udine, Istituto delle edizioni accademiche.

CAPPELLETTI, M.

1973 *Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne*, in *Inchieste di Diritto Comparato*, a cura di M. Rotondi, vol. II, Padova, CEDAM, pp. 57-75.

1975 *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè.

1994 *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino.

CAPPELLETTI, M. e COHEN, W.

1979 *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis-New York, The Bobbs-Merrill Company.

CARANTA, R.

1996 *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in «Digesto italiano, Discipline pubblicistiche», XI, Torino, UTET, pp. 604-616.

CHILDRESS III, D.E.

2004 *Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions*, in «Duke Law Journal», vol. 53, pp. 193-221.

CHIMENTI, C.

2001 *Noi e gli altri. Compendio di diritto costituzionale italiano e di elementi comparativi*, vol. II, *Sintesi di ordinamenti stranieri*, parte I – *Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania*, Torino, Giappichelli.

CHITI, M.

1990 *Diritto amministrativo comparato*, in «Digesto italiano, Discipline pubblicistiche», V, Torino, UTET, pp. 206-216.

CLARK, D.S.

1987 *The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 35, n. 4, pp. 653-719.

1994 *The Use of Comparative Law by American Courts*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 42, suppl., pp. 23-40.

CONSTANTINESCO, L.J.

1971 *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I: *Rechtsvergleichung*, Köln, Carl Heymanns Verlag; trad. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1996.

1972 *Die rechtsvergleichende Methode*, vol. II, Köln, Carl Heymanns Verlag; trad. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il metodo comparativo*, Torino, Giappichelli, 2000.

1974 *Traité de droit comparé*, tomo II: *La méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence; trad. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, *Il metodo comparativo*, Torino, Giappichelli, 2000.

1996 *Scienza e metodo del diritto comparato*, Torino, Giappichelli.

CORWIN, E.S.

1955 *The Higher Law. Background of American Constitutional Law*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press.

CROCE, B.

1943 *Teoria e storia della storiografia*, Bari, Laterza.

D'ALBERTI, M.

1992 *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino.

DAVID, R.

1950 *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction a l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

1982 *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Ed. Economica.

DAVID, R. e JAUFFRET-SPINOSI, C.

1994 *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, CEDAM, IV ed. it. a cura di R. Sacco.

- DE BÚRCA, G. e GERSTEMBERG, O.  
2006 *The Denationalization of Constitutional Law*, in «Harvard International Law Journal», vol. 47, pp. 243-262.
- DE GROOT, G.R.  
1987 *The Point of View of a Comparative Lawyer*, in «Les Cahiers de Droit», vol. 28, n. 4, dicembre, pp. 793-812.
- DENTI, V.  
1980 *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, pp. 201-240.
- DE SARTORI-MONTECROCE, T.  
1908 *Corso di storia del diritto pubblico germanico*, Trento, Tipografia G.B. Monnauni.
- DE SOLA CAÑAZARES, F.  
1954 *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado.
- DE VERGOTTINI, G.  
1978 *Corso di diritto costituzionale comparato*, Bologna, A. Forni.  
1981 *Diritto costituzionale comparato*, II ed., Padova, CEDAM.  
1999 *Diritto costituzionale comparato*, V ed., Padova, CEDAM.  
2004 *Diritto costituzionale comparato*, voll. I-II, VI ed., Padova, CEDAM.
- DI ROBILANT, E.  
1968 *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- DOGLIANI, M.  
1994 *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino.
- ESMEIN, E.  
1927-28 *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1896), voll. I-II, Paris, Sirey.
- ESSER, J.  
1964<sup>2</sup> *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr.
- EWALD, W.  
1998 *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to «Rats»*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, pp. 701-707.
- FAUVARQUE-COSSON, B.  
2002 *L'enseignement du droit comparé*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 2, pp. 293-309.
- FAVOREU, L.  
1986 *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.  
2002 *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.  
2003 *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice.
- FERRARI, G.F.  
1991 *La giustizia amministrativa in diritto comparato*, in «Digesto italiano, Discipline pubblicistiche», VII, Torino, UTET, pp. 567-618.
- FIORAVANTI, M.  
1995 *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli.  
1999 *Costituzione*, Bologna, Il Mulino.
- FLETCHER, G.P.  
1998 *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, pp. 683-700.
- FLORIDIA, G.  
1991 *La Costituzione dei moderni*, Torino, Giappichelli.
- FLORIDIA, G. (a cura di)  
2005 *Lex facit regem*, Teramo, Arké.
- FOIS, G.  
2002 *I concorsi universitari*, in S. Cassese (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, Giuffrè, pp. 1213-1252.
- FONTANA, G.  
1938 *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Firenze, Poligrafica Universitaria.
- FORSTHOFF, E.  
1964 *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964; trad. it. di L. Riegert e C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.
- FRANKENBERG, G.  
2006 *Comparing constitutions: Ideas, Ideals, Ideology. Towards a Layered Narrative*, in «International Journal of Comparative Law», vol. 4, pp. 439-459.
- FRIED, CH.  
2004 *Saying What the Law is. The Constitution in the Supreme Court*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press.
- FROMONT, M.  
1996 *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz.
- GALGANO, F. (a cura di)  
1999 *Atlante di diritto privato comparato*, III ed., Bologna, Zanichelli.
- GALIZIA, M.  
1964 *Diritto costituzionale (profili storici)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Milano, Giuffrè, pp. 962-976.

- GALLO, P.  
1997 *Grandi sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli.
- GAMBARO, A.  
2003 *Il metodo comparatistico nel diritto privato. Obiettivi scientifici*, in R. Scarciglia e F. Padovini (a cura di), *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padova, CEDAM, pp. 107-121.
- GAMBARO, A., MONATERI, P.G. e SACCO, R.  
1988 *Comparazione giuridica*, in «Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.», IV ed., Torino, UTET, pp. 3-22.
- GAMBARO, A. e SACCO, R.  
1996 *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET.
- GAMBINO, S.  
2002a *Diritto costituzionale italiano e comparato. Lezioni*, Cosenza, Periferia.  
2002b *Diritto costituzionale comparato. Le forme di governo*, Cosenza, Periferia.  
2004 *Diritto costituzionale comparato ed europeo. Lezioni*, Milano, Giuffrè.
- GERBER, D.J.  
1998 *System Dynamics: Towards a Language of Comparative Law?*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, pp. 719-737.
- GEROOMS, S.M.F.  
2002 *Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 50, pp. 201-228.
- GIANNINI, M.S.  
1993 *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè.
- GIERKE, O.F.  
1900 *Das deutsche Genossenschaftsrecht*; trad. ing. di F.W. Maitland, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1938.
- GLENN, H.P.  
1999 *Vers un droit comparé intégré*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 5, pp. 841-852.
- GOODNOW, F.J.  
1902 *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local, of the United States, England, France and Germany*, New York-London, The Knickerbocker Press (edizione per studenti).
- GOODRICH, P.  
2001 *Europe in America. Grammatology, Legal Studies, and the Politics of Transmission*, in «The Columbia Law Review», vol. 101, pp. 2033-2084.
- GORDLEY, J.  
1995 *Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 43, pp. 555-567.

- 1998 *Is Comparative Law a Distinct Discipline?*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, pp. 607-615.
- GORLA, G.
- 1954 *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1954, voll. I-II.
- 1964 *Diritto comparato*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Milano, Giuffrè, pp. 928-946.
- 1974 *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in Associazione italiana di diritto comparato, *Rapport Nationaux Italiens aux IX Congrès International de Droit Comparé*, Milano, Giuffrè, pp. 113-130.
- 1978 *Un centro di studi storico-comparativi sul «Diritto comune europeo» presso l'Istituto di diritto comparato di Roma*, in «Foro italiano», V, c. 313-322.
- 1988 *Diritto comparato e straniero*, in «Enciclopedia giuridica», vol. XI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, pp. 2-5.
- GRAY, W.
- 1971 *The Basic Course-A Mild Dissent*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 19, n. 4, pp. 633-644.
- GROSSI, P.
- 2003 *La prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- GUARNERI, A.
- 2004 *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, CEDAM.
- GUTTERIDGE, H.C.
- 1949 *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Paris, 1949; trad. fr. di R. David, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.
- HÄBERLE, P.
- 1983 *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag; trad. it. parz. di A. Fusillo e R.W. Rossi, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994.
- 1992 *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlin, Duncker & Humblot.
- HAMSON, C.J.
- 1950 *Droit comparé et enseignement du droit*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 2, pp. 671-685.
- HART, H.L.A.
- 1961 *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.
- 1966 *The Concept of Obligation*, in «Rivista di filosofia», 42, pp. 125-140.

- HAURIOU, M.  
1900 *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose.
- HESPANHA, A.M.  
1999 *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, II ed., Lisboa, Publicações Europa-America; trad. it. di L. Apa e L. Santi, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- HILAIRE, J.  
1988 *La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et dans la formation du comparatiste*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 2, pp. 319-332.
- HUBER, E.R.  
1960 *Deutsche Verfassungsgeschichte Seit 1789, I-VIII (1960-1990)*, Stuttgart-Berlin-Köln, W. Kohlhammer.
- HUG, W.  
1932 *The History of Comparative Law*, in «Harvard Law Review», vol. 45, n. 1, pp. 1027-1070.
- IZORCHE, M.L.  
2001 *Propositions méthodologiques pour la comparaison*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 2, pp. 289-325.
- JACKSON, V.C.  
2005 *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, in «Harvard Law Review», vol. 119, n. 1, pp. 109-128.
- JACKSON, V.C. e TUSHNET, M.  
2006 *Comparative Constitutional Law*, New York, Foundation Press.
- JACOBINI, H.B.  
1991 *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London, Oceana.
- JALUZOT, B.  
2005 *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 1, pp. 29-48.
- JELLINEK, G.  
1895 *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Berlin, Wissenschaftlicher Verlag, 1996; trad. it. di C. Tommasi, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- JUTRAS, D.  
2000 *Énoncer l'indicible: le droit entre langues et traditions*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 4, pp. 781-796.

KELSEN, H.

1945 *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press; trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1980.

KOHLER, J.

1886 *Über die Interpretation der Gesetze*, in «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», vol. XII, a cura di C.S. Grünhut, Wien, Deuticke, pp. 1-60.

KOSCHAKER, P.

1958 *Europa und das römische Recht*, III ed., München-Berlin, C.H. Beck; trad. it. di A. Biscardi, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1962.

KRIPKE, S.

1982 *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell; trad. it. di M. Santambrogio, *Wittgenstein su regole e linguaggio privato*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

KUNKEL, W.

1972 *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Köln-Wien, Böhlau Verlag; trad. it. di T. e B. Spagnuolo Vigorita, *Linee di storia giuridica romana*, Napoli, ESI, 1973.

LAMBERT, E.

1903 *La fonction de droit civil comparé*, vol. I, Paris, V. Giard & E. Brière.

LANCHESTER, F.

1993 *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 4, pp. 959-997.

2002 *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano, Giuffrè.

2004a *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè.

2004b *Pensare lo Stato. I giuristi nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, Laterza.

LE GOFF, J.

1957 *Les intellectuels au Moyen Age*; trad. it. di C. Giardini, *Gli intellettuali nel Medioevo*, Milano, Mondadori, 1998.

2003 *L'Europe est-elle née au Moyen Age*, Paris, Seuil; trad. it. di F. Maiello, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

LEGRAND, P. e MUNDAY, R.

2003 *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press.

LERMINIER, M.

1838 *Cours d'histoire des législations comparées*, Bruxelles, Société Belge de Librairie.

LEVASSEUR, A.A.

1994 *The Use of Comparative Law by Courts*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 42, suppl., pp. 41-63.

LEYLAND, P. e ANTHONY, G.

2005 *Textbook on Administrative Law*, V ed., Oxford, Oxford University Press.

LOMBARDI, G.

1985 (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli.

1986 *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè.

LUBMAN, S.

1991 *Studying Contemporary Chinese Law. Limities, Possibilities and Strategies*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 39, pp. 293-328.

LUCIFREDI, P.G.

1972-77 *Appunti di diritto costituzionale comparato*, voll. I-IV, Milano, Giuffrè.

LUPOI, M.

1994 *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato.

2001 *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI.

MARKESINIS, B.

2001 *Always on the Same Path: Essays on Foreign Law and Comparative Methodology*, Oxford-Portland, Oreg., Hart Publishing, vol. II.

2002 *Foreign Law Inspiring National Law: Lessons from *Greotorex v. Greotorex**, in «Cambridge Law Journal», vol. 61, pp. 386-404.

2003 *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland, Oreg., Hart Publishing; trad. it. di V. Levi e N. Pasquini, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milano, Giuffrè, 2004.

MARKESINIS, B. e FEDTKE, J.

2005 *The Judge as Comparatist*, in «Tulane Law Review», vol. 80, pp. 11-167.

MATTEI, U.

2002 *Some Realism About Comparativism: Comparative Law Teaching in the Hegemonic Jurisdiction*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 50, suppl., pp. 87-104.

MATTEI, U. e MONATERI, P.G.

1997 *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, Giappichelli.

MCHUGH, J.T.

2002 *Comparative Constitutional Traditions*, New York, Peter Lang.

MCILWAIN, C.H.

1947 *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press;

- trad. it. di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- MICHAELS, R.  
2005 *The Functional Method of Comparative Law*, in «Duke Law Legal Studies. Research Paper Series», n. 87, pp. 1-48.
- MOGENS HERMAN, H.  
1974 *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action Against Unconstitutional*, Odense, University Southern Denmark; trad. it. e introd. di M.C. Rogozinski, *Graphe paranomon: la sovranità del tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001.
- MONACO, R.  
1936 *Appunti di diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli.
- MONATERI, P.G.  
1998 *Sineddoche*, in «Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.», V ed., vol. XVIII, Torino, UTET, pp. 524-526.
- MORBIDELLI, G.  
2000 *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, Monduzzi.
- MORBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A. e VOLPI, M.  
1995 *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, Giappichelli.  
2004 *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli.
- MORTATI, C.  
1958 *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. Le forme di governo*, Roma, Edizioni Ricerche.  
1961 *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. La Costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma, Ed. Ricerche.  
1964 *Diritto costituzionale. Nozione e caratteri*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Milano, Giuffrè, pp. 947-961.  
1965 *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. Le forme di governo*, Roma, Ed. Ricerche.
- MOSCA, G.  
1923 *Elementi di scienza politica*, II ed., Bari, Laterza.
- MUIR-WATT, H.  
2000 *La fonction subversive du droit comparé*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 3, 200, pp. 503-527.
- MURPHY, W.F. e TANENHAUS, J.  
1977 *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*, London, Palgrave.
- NAGLER, J.  
1944 *Abschnitt des Strafgesetzbuch*, in *Leipziger Kommentar*, VI ed., Berlin, Walter de Gruyter.

- NINIO, J.  
1998 *La science des illusions*, Paris, Odile Jacob.
- NOLTE, G.  
2005 *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- OLIVETTI RASON, N.  
1984 *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, CEDAM.
- ORLANDO, V.E.  
1894 *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera.
- ORTINO, S.  
1994 *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, Il Mulino.
- PALERMO, F.  
2005 *La forma di stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, CEDAM.
- PANUNZIO, S.P.  
2005 *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, ESI.
- PAOLI, U.E.  
1933 *Studi sul processo attico*, Padova, CEDAM.
- PAUMIER  
1902 *Introduction au droit comparé*, Tesi di dottorato, Rennes.
- PEGORARO, L.  
1987 *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in «Quaderni costituzionali», pp. 601-623.  
1998 *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli.  
2003 *Il metodo comparatistico nel diritto pubblico. Obiettivi scientifici e finalità pratiche*, in R. Scariglia e F. Padovini (a cura di), *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padova, CEDAM, pp. 15-39.  
2004 *Il diritto comparato tra scienza e metodo*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo e M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, Giappichelli, pp. 1-13.  
2006a *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB.  
2006b *Introducción al Derecho Público Comparado*, Mexico, UNAM.
- PEGORARO, L. e DAMIANI, P.  
1999 *El derecho comparado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales*, in «Revista Jurídica de Castilla-la Mancha», n. 26, pp. 32-50.
- PEGORARO, L. e DELGADO GAÍTAN, J.  
2001 *Derechos «fundamentales»: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo*, in «Revista Derecho del Estado», n. 10, pp. 9-23.

- PEGORARO, L. e RINELLA, A.  
2002 *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, CEDAM.
- 2004 *Introduzione al diritto pubblico comparato*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo e M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, Giappichelli.
- PFERSMANN, O.  
1992 *Peut-on subsumer les normes enforceables sous les concepts de langage et règle?*, in *Wittgenstein et la philosophie aujourd'hui*, Paris, Klincksieck, pp. 133-151.
- 2001 *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 2, pp. 275-288.
- 2005 *The New Revision of Old Constitution*, in «International Journal of Comparative Law», vol. 3, pp. 383-404.
- PFERSMANN, O. e TMSIT, G.  
2001 *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Presses de La Sorbonne Nouvelle.
- PIZZORUSSO, A.  
1980 *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, pp. 61-81.
- 1982 *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in «Quaderni costituzionali», pp. 521-546.
- 1983 *Corso di diritto comparato*, Milano, Giuffrè.
- 1995 *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè.
- PLUCKNETT, T.F.T.  
1926 *Bonham's Case and Judicial Review*, in «Harvard Law Review», vol. XL, pp. 59-60.
- POLLOCK, F. e MAITLAND, M.  
1898 *History of English Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- POMMER, S.  
2006 *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung: translologische Fragen zur Interdisziplinarität*, Frankfurt a.M., Lang.
- PONTHOREAU, M.C.  
2005 *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 1, pp. 3-47.
- POSADA, A.  
1924 *Tratado de Derecho Político*, vol. II: *Derecho Constitucional Comparado de los principales Estados de Europa y América*, III ed., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez.
- POSNER, R.A.  
2000 *Legal Scholarship Today*, in «Harvard Law Review», vol. 115, n. 5, pp. 1314-1326.

POUND, R.

1955 *Comparative Law in Space and Time*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 4, pp. 70-84.

PUIG BRUTAU, J.

1954 *Realism in Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 3, pp. 42-59.

QUINE, W.V.O.

1960 *Word and Object*, Cambridge, Mass., The MIT Press; trad. it. di M. Mondadori, *Parola e oggetto*, Milano, Il Saggiatore, 1970.

RAVÀ, A.

1934 *Corso di diritto pubblico comparato*, Firenze, Poligrafica Universitaria.

RE, E.D.

1952 *Comparative Law Courses in the Law School Curriculum*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 1, pp. 233-242.

RECCHIA, G. (a cura di)

1996 *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè.

REIMANN, M.

1998 *Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop its Own Agenda*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46.

2002 *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 50, pp. 671-704.

REIMANN, M. e LEVASSEUR, A.

1998 *Comparative Law and Legal History in the United States*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, suppl. 1.

REITZ, J.C.

1998 *How to Do Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 46, pp. 617-636.

REPOSO, A.

1972 *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, CEDAM.

1997 *I prototipi: dal «Bonham's case» al «judicial review of legislation» negli Stati Uniti d'America*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo e M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Monduzzi.

1998 *Costituzioni, costituzioni. La costituzione italiana tra le costituzioni del mondo*, Padova, Signum.

2005 *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, II ed., Torino, Giappichelli.

RICHARD, P.

2005 *Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 4, pp. 899-920.

RIDOLA, P.

2005 *Il costituzionalismo. Itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, Giappichelli, pp. 293-319.

2006a *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in «Associazione italiana dei costituzionalisti - Materiali», pp. 1-10.

2006b *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli.

RILES, A.

1999 *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, in «Harvard International Law Journal», vol. 40, pp. 221-283.

2001 *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Portland, Oreg., Hart Publishing.

RINELLA, A.

1997 *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli.

2006 *Cina*, Bologna, Il Mulino.

RIVERO, J.

1969 *Droit Administratif*, III ed., Paris, Dalloz.

ROSSI, G.

2006 *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi.

ROSSI, L.

1917 *Bartolo da Sassoferrato nel diritto pubblico del suo tempo*, Roma.

1935 *Appunti di diritto pubblico comparato*, Roma, Officina di arti grafiche.

ROSSI, P.

1834 *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de Guillaumen & Cir; trad. it. *Lezioni di diritto costituzionale alla Sorbona*, Roma, Colombo, 1992.

ROTONDI, M.

1972 *Studi di diritto comparato*, Milano, Giuffrè.

ROUSSEAU, D.

1998 *La justice constitutionnelle en Europe*, III ed., Paris, Montchrestien.

ROZO ACUÑA, E. (a cura di)

1999 *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Napoli, ESI.

SACCO, R.

1947 *Il concetto di interpretazione del diritto*, rist. 2003 con prefazione di A. Gambaro, Torino, Giappichelli.

1974 *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, in Associazione italiana di diritto comparato, *Rapports Nationaux Italiens aux IX Congrès International de Droit Comparé*, Milano, Giuffrè, pp. 113-130.

1980 *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè.

- 1989 *Crittotipo*, in «Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.», V ed., vol. V, Torino, UTET, pp. 3-22.
- 1991a *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (I), in «The American Journal of Comparative Law», vol. 39, pp. 1-134.
- 1991b *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (II), in «The American Journal of Comparative Law», vol. 39, pp. 343-401.
- 1992a *Formante*, in «Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.», V ed., vol. VIII, Torino, UTET, pp. 438-442.
- 1992b *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, UTET.
- 1992c *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano, Giuffrè.
- SAMUEL, G.
- 1998 *Comparative Law and Jurisprudence*, in «The International and Comparative Law Quarterly», vol. 47, n. 4, pp. 817-836.
- SANDIFORD, R.
- 1951 *Corso di diritto costituzionale italiano e comparato*, vol. II: *Appunti di storia e diritto delle Costituzioni inglese e svizzera*, Roma, Edizioni dell'Ateneo.
- SARFATTI, M.
- 1933 *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, Giappichelli.
- SASS, S.L.
- 1981 *Foreign Law in Federal Courts*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 29, pp. 97-118.
- SAUSER-HALL, G.
- 1913 *La fonction et la méthode du droit comparé*, Genève, Libraires de l'Université.
- SBISÀ, M.
- 1983 *Pragmatica*, in E. Fava, R. Galassi, P. Leonardi e M. Sbisà (a cura di), *Prospettive di teoria del linguaggio: filosofia del linguaggio - sintassi - semantica pragmatica*, Milano, Edizioni Unicopli, pp. 349-441.
- SCARCIGLIA, R.
- 2003 *Profili storici dell'insegnamento del diritto pubblico comparato*, in R. Scarciglia e F. Padovini (a cura di), *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padova, CEDAM, pp. 77-99.
- SCARCIGLIA, R. e PADOVINI, F. (a cura di)
- 2003 *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padova, CEDAM.
- SCHLESINGER, R.B.
- 1954 *Teaching Comparative Law. The Reaction of the Customer*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 3, pp. 492-501.
- 1968 *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, voll. I-II, Dobbs Ferry (N.Y.)-London, Oceana-Stevens & Sons.
- 1971 *The Role of the «Basic Course» in the Teaching of Foreign and Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 19, pp. 616-623.

- 1995 *The Past and the Future of Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 4, pp. 477-481.
- SHERMAN, C.P.
- 1917 *Roman Law in the Modern World*, Boston, The Boston Book Co., voll. I-III.
- SMELSER, N.J.
- 1992 *Comparativo, metodo*, in «Enciclopedia delle scienze sociali», II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, pp. 107-126.
- SOLMI, A.
- 1930<sup>3</sup> *Storia del diritto italiano*, Milano, Società Editrice Libraria.
- SOMMA, A.
- 2005 *Temi e problemi di diritto comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, vol. II, Torino, Giappichelli.
- STOLLEIS, M.
- 1988 *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. I: *Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600-1800*, München, C.H. Beck.
- SUMNER MAINE, H.
- 1861 *Ancient Law: Its Connection with the early History of Society, and its Relations to Modern Ideas*, London, John Murray, rist. an. Birmingham, Al., The Legal Classics Library, 1982.
- TARCHI, R.
- 1999 *Corso di Diritto comparato. Casi e materiali*, vol. I: *Forme di Stato - Diritti di libertà - Forme di governo*, Milano, Giuffrè.
- TARELLO, G.
- 1976 *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, Il Mulino.
- VAGTS, D. e CAPPELLETTI, M.
- 1988 *Recensione di E. McWhinney, «Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review»*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 82, pp. 421-423.
- VALCKE, C.
- 2004 *Comparative Law as Comparative Jurisprudence. The Comparability of Legal Systems*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 52.
- VAN CAENEGEM, R.C.
- 1987 *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987; trad. it. di L. Ascheri Lazzari, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.
- 1995 *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press; trad. it. di F. Quaglia, *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica*, Roma, Carocci, 2003.

- VANDELLI, L.  
1980 *L'ordinamento regionale spagnolo*, Milano, Giuffrè.
- VENTER, F.  
2000 *Constitutional Comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States*, Cape Town, Juta.
- VERGER, J.  
1999 *Les gens de savoir dans l'Europe de la fin du Moyen Âge* (1998), Paris, Puf;  
trad. it. di C. Ranzi, *Gli uomini di cultura nel Medioevo*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- VOLPE, L.  
2000 *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza.
- VOLPI, M.  
2000 *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli.  
2004a *La classificazione delle forme di governo*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo e M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, Giappichelli, pp. 281-336.  
2004b *La classificazione delle forme di stato*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo e M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, Giappichelli, pp. 207-280.  
2004c *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli.
- WADE, H.W.R.  
1961 *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press.  
WADE, H.W.R. e FORSITH, C.  
2004 *Administrative Law*, IX ed., Oxford, Oxford University Press.
- WATSON, A.  
1974 *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimburgh; trad. it. di G. Morley e L. Lonardo, *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato*, Napoli, ESI, 1984.  
1978 *Comparative Law and Legal Change*, in «The Campbell Law Journal», vol. 37, pp. 313-327.  
2001 *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore, Md.-London, The Johns Hopkins University Press.
- WATSON, A. e ABOU EL FADL, K.  
2000 *Fox Hunting, Pheasant Shooting, and Comparative Law*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 48, pp. 1-37.
- WELZEL, H.  
1969 *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, Walter de Gruyter.

WHORF, B.L.

1956 *Language, Thought and Reality*, Cambridge, Mass., The MIT Press; trad. it. *Linguaggio, pensiero e realtà*, Torino, Boringhieri, 1977.

WIGMORE, J.H.

1936 *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, D.C., Washington Law Book Company.

1941 *A Kaleidoscope of Justice. Containing Authentic Accounts of Trial Scenes from All Times and Climes*, Washington, D.C., Washington Law Book Company.

WILLOWEIT, D.

2001 *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München, C.H. Beck.

WILLOWEIT, D. e SEIF, U.

2003 *Europäische Verfassungsgeschichte*, München, C.H. Beck.

WINTERTON, G.

1975 *Comparative Law Teaching*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 23, pp. 69-118.

WITTGENSTEIN, L.

1953 *Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigation*, Oxford, Basil Blackwell; trad. it. e nuova ed. a cura di R. Piovesan e M. Trincherò, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1999.

1961a *Tractatus logico-philosophicus*, London, Routledge & Kegan Paul; trad. it. e nuova ed. a cura di A.G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, Einaudi, 2006.

1961b *Notebooks 1914-1916*, Oxford, Basil Blackwell; trad. it. e nuova ed. a cura di A.G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, Einaudi, 2006.

WRÓBLEWSKI, J.

1967 *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 44, pp. 10-30.

YNTEMA

1944 *Research in Inter-American Law at the University of Michigan*, in «Michigan Law Review», vol. 4, pp. 557-574.

ZACHER, H.F.

1968 *Diskussion*, in «Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», vol. 36, pp. 135-146.

ZAGREBELSKY, G.

1980 *Considerazioni sull'uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, pp. 85-112.

ZAPHIRIOU, G.A.

1982 *Use of Comparative Law by the Legislator*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 30, pp. 24-37.

ZELLER, É.

2000 *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?*, in «Droits», vol. 32, pp. 121-134.

ZENO ZENCOVICH, V.

2005 *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», IV, pp. 1993-2020.

ZWEIGERT, K. e KÖTZ, H.

1984 *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I: *Grundlagen*, Tübingen, J.B.C. Mohr; trad. it. di B. Pozzo, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992.

Finito di stampare nell'ottobre 2006  
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino











