

LEZIONE DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO 13 APRILE 2016

(V. in moodle R.Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, pp. 35-89)

Che cosa 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.

Oggetto del Corso saranno le fonti del diritto, che insieme ad altri elementi, ad esempio,;

- la giurisprudenza costituzionale
- le prassi costituzionali
- le forme di stato e di governo

ci possono 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.

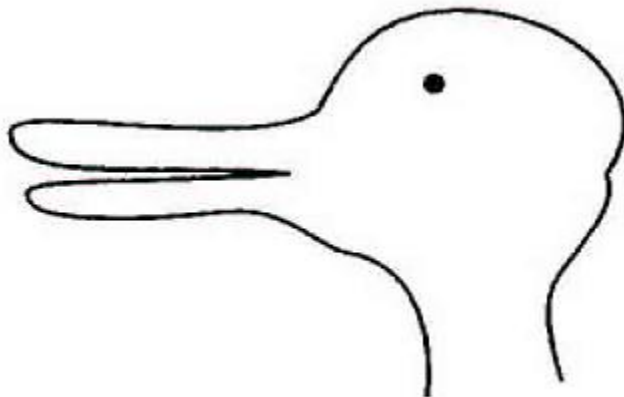
Tutti questi *elementi*, che rappresentano il sostrato ultimo delle operazioni di comparazione fra ordinamenti, **non sono numericamente definibili**

Ogni volta che si attiva un procedimento comparativo è necessario astrarsi dalla mentalità del paese cui si appartiene e piuttosto affidarsi alla propria personale sensibilità nel ricercare i fattori utili alla comparazione.

Da tale angolatura, 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. Conoscere questo contesto 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.

Che cosa si vede in questa immagine?



Cosa vuol dire “**COMPARABILE**”?

L'aggettivo “**comparabili**” sta a significare che due oggetti possono definirsi tali se divengono oggetto della comparazione.

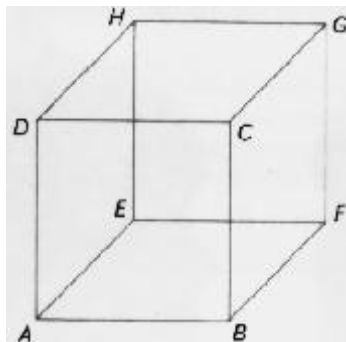
Non è, tuttavia, **sufficiente** il requisito della comparabilità perché due oggetti siano comparati.

Ciò dipende, prevalentemente dall'interrogativo, dal problema che si è posto chi compara e, infatti, il raffronto fra i due oggetti non rappresenta un fine, ma **un mezzo**, e, di conseguenza, la definizione del problema deve precedere la scelta degli oggetti da comparare, in relazione ai luoghi, al tempo e alle condizioni in cui il ricercatore opera.

La nostra analisi deve andare in profondità ed è senz'altro condizionata dalla prospettiva da cui studiamo il fenomeno giuridico.

Vedremo ancora alcune figure c.d. reversibili, perché possono essere diverse a seconda del punto di osservazione

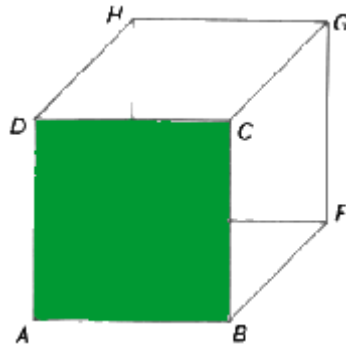
Osserviamo un cubo



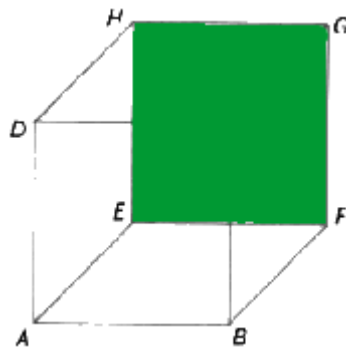
Si può guardare la figura in modi diversi?

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

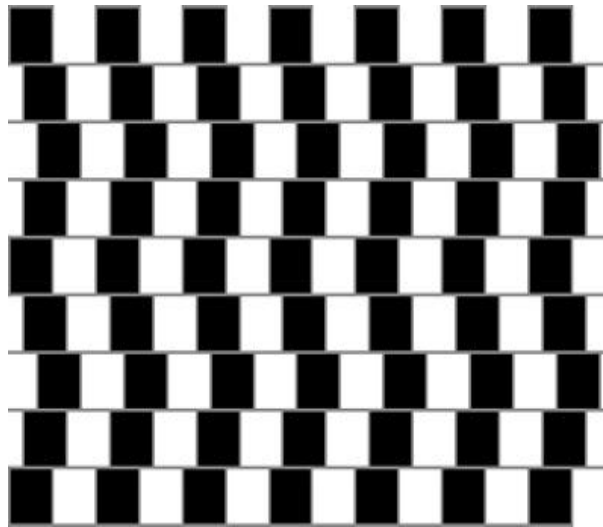
La percezione dell'osservatore cambia, infatti, a seconda che, in primo piano, vi sia la faccia A B C D



oppure la faccia E F G H, come nella successiva figura:



La figura del cubo è una figura **reversibile** e consente di mettere alla prova le capacità di percezione dello studente attraverso la proiezione di altre immagini, come, ad esempio, accade quando si proietta l'immagine seguente:



Come sono le **linee orizzontali** di questa figura?

Sono **parallele** oppure **non parallele**?

Qual è dei tre segmenti quello più lungo?

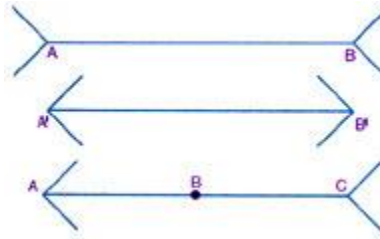


Figura 7

La proposta della successiva figura è indirizzata a stimolare la percezione dello studente su componenti di un ordinamento giuridico che sono in cambiamento, come può accadere, ad esempio, nelle ipotesi di **trasformazione di testi costituzionali**.

Le esperienze costituzionali sono molto ricche di trasformazioni, pur restando inalterata la lettera della Costituzione, come, ad 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].

La domanda che ci poniamo è se l'oggetto che vede **sia fermo** oppure in **movimento** e, se si muova, **in che direzione** riesca ad avvertirlo.

La **percezione** (**law in mind**) gioca un ruolo importante.



Le componenti di un ordinamento producono di **norma regole giuridiche**, sono cioè **fonti del diritto**.

Ciò ci porta a riflettere che **all'interno di un ordinamento**:

- A) non possiamo considerare le sole fonti del diritto per una ricerca comparativa;
- B) esistono altri fattori (che possiamo indifferentemente chiamare componenti, formanti, etc);
- C) tutti questi fattori sono in continuo cambiamento e in relazione fra loro;
- D) alcuni di essi o una loro parte può rimanere strutturalmente la stessa (varianti o invarianti)
- E) 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».

L'illustrazione figurata di illusioni nella percezione può essere utile a spiegare la necessità di ridurre nella dimensione più appropriata gli oggetti che emergono dalla relazione di tutti questi fattori, dal loro reciproco intersecarsi.

I “FORMANTI”

Qual è l'origine di questa parola?

L'espressione “**formanti**” (che equivale alle altre fin qui usate come *componenti* o fattori)

è utilizzata nella fonetica per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico,

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 determinato momento storico** [Feyerabend, Sacco].

“**i formanti principali**” sono la legge, la giurisprudenza e la dottrina

Quali dobbiamo considerare più importanti nella nostra ricerca?

Sul **valore** da attribuirsi ai singoli formanti (F, F¹, F², 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=F¹=F²) 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.

Con riferimento, invece, alla dottrina **giuspublicistica**, è stato osservato che **ogni componente del sistema giuridico non è sullo stesso piano di un altro** (F≠ F¹, F¹≠ F²), con la conseguenza che uno di essi viene elevato «a categoria della comparazione», finendo col prevalere (F>F¹, F¹>F²).

Tuttavia, non è possibile individuare aprioristicamente all'interno di un sistema giuridico, un criterio che consenta di stabilire qual è la posizione reciproca dei formanti, la loro «coerenza di opposizione» 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 “autoapplicativa” 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.

Le due posizioni dottrinali non sono inconciliabili.

Si può ritenere che nella fase iniziale di un'analisi comparatistica – vedremo domani il procedimento – sia difficile stabilire con immediatezza le **relazioni** fra i singoli formanti o parti di essi, concentrandosi piuttosto l'attenzione del ricercatore, in via preliminare, se 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.

Nell'ipotesi di 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.

La teoria c.d. degli “*elementi determinanti*”, elaborata da Costantinesco, 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** oppure le si identifica come parti di un oggetto, come ad esempio, un caleidoscopio. 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.**

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* **COME FUNZIONA QUELL'ISTITUTO**

La ricerca di queste divergenze rappresenta una parte essenziale del lavoro del comparatista .

I precedenti giurisprudenziali assumono, come formanti, particolare rilevanza tanto negli ordinamenti di *civil law*, quanto in quelli di *common law*. 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.

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

. Nelle sentenze è possibile distinguere fra la regola effettivamente seguita dal giudice – che potrebbe essere non verbalizzata o “silenziosa” – 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”.

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.

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, o di 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 rappresentano il compito più interessante del ricercatore.

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 [v. 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*»?».

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 (v. § 1): «**chi giunge in una terra straniera impara talvolta la lingua degli indigeni mediante le definizioni estensive che questi gli danno; e spesso dovrà indovinare come si devono interpretare quelle definizioni, e qualche volta indovinerà giusto, altre volte no**» [Wittgenstein].

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 elementi, istituti, regole appartenenti a ordinamenti diversi.

Problemi nella comparazione:

superficialità dell'approccio con il diritto straniero

interpretazioni sbagliate del diritto straniero.

a causa di una conoscenza delle componenti di un ordinamento (definite anche "formanti" = *parti che formano*)

basata

-su limitati materiali originali

-su significative lacune linguistiche,

FUNZIONI

Dobbiamo distinguere fra “**funzioni teoriche**” e “**funzioni pratiche**” della comparazione

Le funzioni teoriche

Sotto il *profilo teorico*, fra gli *obiettivi più importanti* della comparazione giuridica, possono essere ricordati 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*, possiamo ricordare l'apporto della comparazione per:

- a¹) **l'ausilio alla politica legislativa e alla redazione dei testi normativi;**
- b¹) **la preparazione di materiali per il giudice;**
- c¹) **il confronto della dottrina con modelli provenienti da diritti stranieri;**
- d¹) **la elaborazione di trattati e convenzioni internazionali;**
- e¹) **la funzione di armonizzazione e unificazione;**
- f¹) **la funzione di interpretazione.**

FUNZIONI TEORICHE

La **FUNZIONE PRIMARIA** della comparazione, tanto nel diritto privato quanto in quello pubblico, è quella di **conoscenza** degli ordinamenti stranieri.

Il principale scopo teorico della comparazione nel diritto pubblico è quello di acquisizione di **nuove conoscenze** che siano utili alla scienza giuspubblicistica;

queste conoscenze possono provenire tanto dall'analisi dei diritti stranieri, quanto dall'ordinamento del ricercatore.

La comparazione permette, così, di penetrare, attraverso la conoscenza dei diversi fattori (formanti) che compongono gli ordinamenti e delle interconnessioni che li caratterizzano, profili, sia positivi che negativi, dell'ordinamento, non sempre visibili a prima vista.

a) Il **principale scopo teorico** della comparazione nel diritto costituzionale è quello di

acquisizione di nuove conoscenze

utili alla scienza giuspubblicistica e queste conoscenze possono provenire tanto dall'analisi dei diritti stranieri, quanto da elementi (componenti) che si trovino all'interno dell'ordinamento del ricercatore.

Proprio sul versante del diritto costituzionale, un esempio addotto a dimostrazione dell'utilità della comparazione come acquisizione di conoscenze riguarda, ad esempio, i concetti di

«forma di stato»

«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.

La comparazione permette di penetrare, attraverso la conoscenza di queste **componenti** (che possiamo chiamare anche **formanti**), e delle **interconnessioni** che li caratterizzano, profili, sia positivi che negativi, degli ordinamenti giuridici.

Il diritto comparato svolge, infatti, il compito di fare circolare i prodotti della scienza giuridica e di farla divenire internazionale.

Problema della scarsa conoscenza all'estero dei giuristi italiani

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, oltreché il **trasferimento delle conoscenze** (**transfrontier mobility of law**) 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** (della classificazione) dei sistemi giuridici, che oggi appare diversa da quella disegnata nel passato.

Ciò è accaduto per diversi fattori,

fra i quali i più importanti possono ritenersi: il crollo dei sistemi basati sulla *Socialist Law* – si parla, attualmente, di *Post-Socialist Model* –, lo sviluppo non solo economico ma anche culturale della Cina – e la conseguente apertura al diritto comparato,

l'**evoluzione** negli ultimi decenni della scienza giuridica in **Giappone e Cina**, o più in generale in Asia,

lo **sviluppo nel mondo islamico** della propria cultura e dei correlati valori giuridici, **l'indipendenza di numerosi Stati africani**.

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.

Alcuni 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:

GLOBALIZZAZIONE

Di fronte a tale accelerazione storica **la comparazione giuridica è chiamata ad una radicale revisione delle proprie categorie ordinanti**» [v. Mattei 1997, 56].

Il fenomeno – definito con l'espressione di "**rivoluzione macro-comparativa**" [Ackerman 1991; Mattei 1997] – è destinato a incidere non soltanto sul modo – e i luoghi – di apprendere il diritto straniero, ma anche a favorire *nuove combinazioni fra elementi giuridici*, 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 si combinano fra loro.

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

- di affinare la padronanza del metodo,
- di poter cogliere nella realtà nazionale formanti non ancora verbalizzati (non ancora messi per iscritto),
- di riesaminare il proprio ordinamento, alla luce delle conoscenze acquisite.

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 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 .

a¹) 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.

Con riferimento alla **politica legislativa**, lo studio delle soluzioni adottate in altri ordinamenti, non soltanto favorisce la recezioni, ma consente di monitorare continuamente il funzionamento delle regole operazionali.

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 **dossiers** 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].

l'attività di normazione **mutuata** da ordinamenti stranieri

senza l'ausilio del comparatista può condurre a risultati “sconcertanti”, ma che, comunque, potrebbero, egualmente, verificarsi ove quest'ultimo

utilizzi il diritto comparato per giustificare soluzioni politiche all'interno di un dibattito, che si svolge all'interno di un parlamento o di un'assemblea regionale.

La comparazione è stata, ad esempio, utilizzata nel procedimento per la stesura della *Grundgesetz* – la Legge fondamentale di Bonn – del 1949, come, anche, delle Costituzioni francesi del 1946 e del 1958.

b¹) Un'altra funzione della comparazione è quella di **preparazione di materiali per il giudice**.

c.d. imitazioni giudiziali

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].

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 1865]

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».

il giudice potesse ricorrere alla comparazione soltanto a due condizioni:

che fosse necessario colmare un vuoto legislativo

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 (Saleilles).

Un problema legato all'uso di questo strumento da parte delle Corti – anche costituzionali – è quello dalla **scelta degli ordinamenti da cui trarre gli elementi comparativi**, 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 conosciuta [Constantinesco 1972],

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, il giudice tende 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 [v. Ridola 2006].

c¹) 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 svolge, anche, il giudice.

d¹) La comparazione è, talvolta, ritenuta **strumento di ausilio alla elaborazione di trattati e convenzioni internazionali**

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 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 dell'osservazione 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.

e¹) Altre funzioni pratiche della comparazione sono quelle di **armonizzazione e unificazione**, che consistono nella **semplificazione o nella eliminazione 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 consenta di mantenere la individualità dei diritti statali, pur possedendo caratteristiche comuni**;

si parla, invece, di «**unificazione**» quando il processo di omogeneizzazione tende a essere il più completo possibile [de Vergottini 2004].

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

La comparazione giuridica non risolve, tuttavia, il problema della misura in cui il diritto deve essere armonizzato o unificato [Pfersmann 2001].

f¹) L'ultima delle funzioni della comparazione giuridica è quella di **interpretazione** [Ascarelli 1952].

Il metodo comparativo viene, infatti, utilizzato per l'interpretazione sistematica degli istituti giuridici, soprattutto da parte delle corti costituzionali, oltreché 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 .

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 .

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).

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, meglio comprendendone le strutture giuridiche.

La funzione “sovversiva” del diritto comparato

L'espressione "*funzione sovversiva*" è stata utilizzata verso la fine del XX secolo, da due studiosi del diritto comparato, per indicare concetti diversi

Nel primo saggio il termine è stato utilizzato in forma generica per indicare le **decisioni delle Corti di Equity** di ribaltare atti normativi provenienti dal Parlamento inglese; dall'altra, il riferimento alla funzione sovversiva deriva dalla considerazione che il diritto civile francese abbia esaurito la sua carica vitale e non sia più la fertile fucina di teorie che avevano caratterizzato il prestigio dell'esperienza francese, per ridurre la propria vocazione teorica al commento dei provvedimenti normativi.

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.

In particolare, l'elemento di "sovversione" contenuto nella comparazione sta nelle 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* ».

Il metodo della comparazione

metodo giuridico e diritto comparato

Si può definire l'idea di una scienza senza un **metodo**?

NO

il diritto comparato non può essere disgiunto dalla conoscenza e dalla applicazione di un metodo **o più metodi** di indagine, che costituiscono 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.

Si ricollega a quanto detto ieri

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.

Occorre, tuttavia, chiedersi se **l'autonomia delle singole discipline** e delle singole indagini comporti una

- A) **valutazione soggettiva** del metodo da parte del ricercatore, in relazione ai compiti che si è assegnato,
- B) 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 (costituzionale) comparato.

Indubbiamente, questo tipo di scelta è strettamente condizionata dalle esperienze personali di ciascun ricercatore, dalla conoscenza delle lingue e del diritto straniero. Analogamente chi insegna materie comparatistiche deve conoscer il metodo e non essere semplicemente interessato, giacché deve trasmetterne le basi ai suoi studenti [Reitz 1998].

1), giacché si è 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, 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

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

Peraltro, l'interesse per le questioni metodologiche relativamente alla comparazione nel campo del diritto pubblico, derivava, in qualche misura, dalla **insufficienza delle classificazioni dei sistemi in famiglie giuridiche** [David, 1950], pensate sulla base del diritto privato, piuttosto che

non nella prospettiva del diritto costituzionale o del diritto amministrativo e, anche per questa ragione, i principali studi di diritto comparato non si erano occupati di metodologia.

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

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

Vediamo alcune metodologie:

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 comparare**. 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 [v. Zweigert e Kötz 1984].

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, 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 legge, 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 [v. Lombardi 1984].

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.

La presentazione di casi giudiziari fu utilizzata nel c.d. *approccio fattuale*, divenuto noto ai giuristi con la esperienza dei **Cornell Seminars**. 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 per essere, in tempi, recenti, più ampiamente.

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**

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

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 dottrina, 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 1984].

1.3. L'approccio funzionale (*Functional Method*)

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].

Il loro grado di omogeneità sarebbe misurato sulla base della funzione svolta.

La critica principale rivolta a questa dottrina è rappresentata dal fatto che 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].

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].

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**” [Constantinesco 1972] e cioè

la fase di conoscenza,

quella di comprensione

quella di comparazione

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

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

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

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

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

Le fasi del procedimento metodologico, sono:

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

PROCEDIMENTO METODOLOGICO

Fase di CONOSCENZA



Fase di COMPrensione



Fase di COMPARAZIONE

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].

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.

La fase di conoscenza

La prima fase è quella di *conoscenza* degli oggetti della comparazione.

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

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], 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.

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

Senza un serio approccio metodologico, il ricercatore rischia di non svolgere alcuna effettiva attività di comparazione, indulgendo, piuttosto in attività prevalentemente **decorative** [v. Lombardi 1986], 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].

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”,

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

È necessario che segua alcune regole [Constantinesco 1972].

Ne sono state prese in considerazione **cinque**:

- a) il termine da comparare deve essere studiato per come è nella realtà;
- b) il termine da comparare deve essere esaminato nelle sue fonti originali;

- c) il termine da comparare deve essere studiato nella complessità e nella totalità delle fonti del diritto;
- d) il rispetto della gerarchia delle fonti nell'ordinamento esaminato;
- e) il termine da comparare deve essere interpretato secondo il metodo ermeneutica dell'ordinamento cui appartiene.

La **prima** è quella di acquisire una **conoscenza il più possibile approfondita degli elementi da comparare**, che privilegi il più possibile i profili operazionali, piuttosto che le proposizioni declamatorie, 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

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

rapporto fra studio conoscenza separata dei termini e validità teorica e pratica della comparazione medesima [Hug 1932].

Come raccogliere queste fonti, selezionarli, 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.

La **conoscenza linguistica** rappresenta il principale ostacolo alla comparazione. Per comparare è necessario conoscere la lingua, che è condizione necessaria per accedere alle fonti del diritto straniero. Pur rinviando ad altro capitolo questo specifico tema (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 difficilmente si lascia ingannare dalla lettura della sola fonte *prima facie* applicabile, per procedere nel suo percorso comparatistico.

Ad esempio, la lettura di una carta costituzionale può rivelare la presenza di disposizioni molto dettagliate sul controllo di costituzionalità delle leggi. Ciò non implica, tuttavia, che la prassi degli Stati scelti per la comparazione sia conforme al disegno costituzionale oppure se vi siano fattori politici, sociali, economici, ecc. possano vanificare la presenza delle norme «che diventano così dei simboli astratti senza un'effettiva applicazione» [Constantinesco 1972].

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

La **quarta** regola metodologica è rappresentata dal *rispetto della gerarchia delle fonti* nell'ordinamento relativo al termine da comparare: per "fonte" qui intendiamo qualunque fattore che contribuisce alla elaborazione e alla formazione di una norma giuridica, mentre per "**gerarchia delle fonti**" l'ordina di priorità che governa i reciproci rapporti fra norme [Constantinesco 1972]. 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 [Constantinesco 1972, 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 universale.

I modelli nella comparazione. Origine, mutazioni e circolazione.

Il termine “**modello**” – inteso come **schema rappresentativo di un fenomeno che appartiene alla sfera dell'esperienza** – e utilizzato nelle scienze giuridiche a partire dalla fine degli anni Sessanta, soprattutto nel campo filosofico-giuridico

Anche se nel diritto comparato, 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 196, 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.

I modelli mutano senza sosta, per lenta evoluzione [Sacco 1992,].

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

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 [Sacco 1992, 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 –

La comparabilità

Richiamando le osservazioni svolte a proposito di formanti e di oggetti della comparazione 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. 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.

Se prendiamo, ad esempio, un ordinamento come quello della Cina ci rendiamo conto delle enormi differenze che lo separano dagli ordinamenti dell'area occidentale e, tuttavia, lo svolgimento di attività di *microcomparazione* è frequente per la soluzione di problemi legati alla circolazione dei traffici giuridici, prevalentemente, dunque, in ambito privatistico e societario.

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

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

Il tema della comparabilità riguarda anche singoli *istituti*, che possono ritenersi omogenei se abbiano in comune degli elementi di base, che identifichino quel determinato istituto, anche se il grado di comparabilità deve essere commisurato al fatto che gli ordinamenti, in cui l’istituto stesso è inserito, siano *omogenei* oppure *eterogenei*. Nel secondo caso, il comparatista deve porre molta attenzione soprattutto alle regole di funzionamento dell’istituto e tenere conto del *“functional approach”*.e cioè, come si è detto,delle funzioni che sono alla base delle diverse soluzioni organizzative

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, 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 pre-fabbricati modelli ideali ed emergere gli stilemi del sistema giuridico di appartenenza.

Il tertium comparationis rappresenta un comune punto di partenza dell'analisi comparativa 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 assimilissimo – per qualunque ragione – il *comparatum* con il *tertium comparationis* (A=C), gli elementi comparativi sarebbero dedotti dal solo modello nazionale che verrebbe comparato con un altro (B)

Ad esempio, se intendo comparare la disciplina della “sfiducia individuale” (a un singolo ministro) in Italia con quella di uno o più ordinamenti a forma di governo parlamentare, devo, preliminarmente, chiarire cosa intendo per “sfiducia individuale” e definirne gli elementi che consentono di individuarlo – cause di sfiducia, soggetti abilitati a richiederla, procedura, garanzie di tutela per il ministro oggetto di sfiducia, distinzione con istituti simili – e, soltanto dopo questa ricognizione posso scegliere un modello astratto di sfiducia individuale da utilizzare come ***tertium comparationis***.

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

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

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

La fase di comprensione

Nel procedimento metodologico, alla fase di conoscenza fa seguito quella di *comprensione*, in cui è necessario che il comparatista proceda a *reintegrare il termine della comparazione* nel proprio ordinamento, cimentandosi con il gioco dei formanti legali e con le relazioni che essi intrecciano fra loro, e con i meta-formanti, che lo obbligano ad uscire da un ambito esclusivamente giuridico. Ciò non è facile e presuppone una *significativa esperienza comparatistica* – come si è cercato di evidenziare nel rapporto fra percezione e oggetti della comparazione – , che consenta di cogliere le relazioni intercorrenti fra (almeno) due regole operanti in due ambienti, con proprie peculiarità culturali, giuridiche, economiche, geografiche, storiche e sociali diverse [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 insiemli all'interno di una struttura complessa che varia a seconda dello scambio, delle interferenze fra formanti, analogamente a quanto avviene per i composti chimici.

Ciò vale, evidentemente, tanto nella relazione fra formanti legali (*legal formants*), fra formanti legali e meta-formanti (*meta-formants*), nonché fra formanti esistenti e matrici di nuovi formanti (*neo-formants*).

la comprensione dei diversi fattori dell'ordinamento e del termine da comparare è poco problematica se gli ordinamenti scelti per la comparazione sono omogenei; nel caso inverso, il ricercatore può «giungere a una corretta ricognizione dei problemi soltanto se conosce esattamente gli *elementi determinanti del modello esaminato*. L'analisi e la percezione di questi fattori condizionano la comprensione del termine da comparare» [Constantinesco 1972, 210].

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 amministrativo, come il procedimento o la giustizia.

Se la lettura – e lo studio – del diritto straniero manifestano la loro importanza sin dal primo approccio con gli studi universitari perché non soltanto consente di acquisire la conoscenza di materiali giuridici che provengono da corti, parlamenti, dottrine, ma anche favorisce l'apprendimento di lingue e linguaggi giuridici diversi.

Questi materiali costituiscono una buona base culturale per entrare, anche se a piccoli passi, nella mentalità dei giuristi di altri Paesi. 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 acclarare il contenuto della relazione fra i termini della comparazione, per mettere in luce analogie e differenze, attraverso quello che, in precedenza, si è definito il “gioco dei formanti” in cui non è sufficiente mettere in luce analogie e differenze, ma, soprattutto, cogliere, con la maggiore incisività e completezza possibile, i termini della comparazione.

Attraverso questa analisi – che, necessariamente investe i meta-formanti , è possibile cogliere, nella relazione fra i due termini, quali degli elementi abbiano una portata comparativa [Constantinesco 1972, 220].

Per concludere su questo punto, si può osservare che una volta concluso il procedimento metodologico, i risultati dell'analisi comparatistica possono essere diversamente utilizzati, in relazione alle finalità stabilite all'inizio della ricerca (v. cap. 2), e impegnare la «responsabilità morale del legislatore», proprio per la funzione insostituibile della comparazione nella tecnica di produzione normativa [Pfersmann 2001, 288].