

Capitolo 1

Introduzione al diritto comparato

Sommario

- Sezione Prima: *Metodo, funzione e oggetto*. - 1. Definizione e fondamento.
 2. Presupposti per l'indagine comparativistica. - 3. Difficoltà della comparazione: similarità e differenze.
 4. Il metodo comparativistico: generalità. - 5. Metodo o scienza autonoma?. - 6. Fini ed attori della comparazione.
 7. Controllo politico e comparazione. - 8. Funzioni fondamentali del diritto comparato.
 9. Ulteriori funzioni: unificazione, uniformazione e armonizzazione. - 10. Diritto e giustizia.
 11. L'influenza dell'ideologia dominante sui sistemi giuridici. - 12. Oggetto e fonte del diritto comparato.
 13. Macrocomparazione e microcomparazione. - 14. Sistemi e famiglie giuridiche. - 15. La comparazione per modelli.
 16. Principali settori giuspubblicistici di comparazione. - 17. Rapporti con altre discipline.
 Sezione Seconda: *Ambiti applicativi*. - 1. L'omogeneità tra ordinamenti e istituti. - 2. Il giudizio comparativo e il modello di riferimento (*tertium comparationis*). - 3. I contesti affini nella macrocomparazione.
 4. Rapporti tra poteri giurisdizionali e comparazione.

Sezione Prima

Metodo, funzione e oggetto

1. Definizione e fondamento

Il diritto comparato può essere **definito** come quella scienza che intende «condurre il *pensiero giuridico* a cogliere, attraverso un procedimento ordinato, metodico e progressivo di raffronto, le *identità*, le *somiglianze*, le *divergenze* nonché le *cause* dei **differenti ordinamenti**» (CONSTANTINESCO) (1).

La necessità di confrontarsi con sistemi al di fuori dei propri confini nazionali si è manifestata nel corso dell'Ottocento, sotto l'influenza del **positivismo giuridico**, quando il consolidarsi degli «*Stati nazionali*» (tra cui l'*Italia* e la *Germania*) ha definitivamente spezzato l'unità dei grandi sistemi giuridici che aveva dato luogo a molteplici ordinamenti nazionali, ciascuno *autonomo* e *sovrano*.

Negli ultimi sessanta anni tale esigenza è cresciuta con l'affermarsi di grandi organizzazioni sovranazionali (come l'*Unione europea*) che pur prevedendo spazi comuni (es.: *politiche economiche*, *moneta unica*) non sono riuscite a creare una nuova forma di Stato «*globale*» (DE VERGOTTINI).

Ciò conferma (PEGORARO-RINELLA) la *fluttuazione storica* degli studi comparatistici a fini di *nazionalizzazione* (nell'800) e, successivamente, di *denazionalizzazione* (seconda metà del '900) con l'istituzione e la crescita di organizzazioni *sovranazionali*.

(1) Ciò spiega, tra l'altro, lo stretto legame tra il *diritto comparato* e la *concezione universalistica del diritto* (Feuerbach, Gaus, Post, Dicey, Jellinek, Lowell, Goodnow etc.). Al riguardo, nel 1888, il giurista tedesco Zitelmann, partendo dal pensiero di Kant, teorizzava un «*diritto comune mondiale delle nazioni civilizzate*» che partiva proprio da premesse comparativistiche.

Anche se la comparazione fra diversi ordinamenti giuridici è stata praticata dai giuristi fin dall'antichità (2), il concreto sforzo di individuare una specifica disciplina risale solo agli ultimi anni del XIX secolo.

Precisamente, è nel 1869 che fu fondata a Parigi la **Société de législation comparée**, polo di attrazione per i primi studiosi comparativisti, ed è nel 1900 che fu tenuto, nella stessa città, il primo *Congresso Internazionale di Diritto Comparato*, che segnò una generale presa di coscienza dell'importanza degli studi comparatistici a livello mondiale (PEGORARO-RINELLA).

Nel 1924 fu, invece, fondata a L'Aja l'**Académie internationale de droit comparé**, la quale convoca periodicamente congressi mondiali dedicati a temi di interesse comparatistico. Infine, è dal 1961 che funziona a Strasburgo la **Faculté internationale de droit comparé** che organizza corsi di analogo oggetto.

Questo sviluppo è, poi, proseguito con la creazione, nei singoli Paesi, di *istituti universitari* indirizzati allo studio della nuova disciplina nonché attraverso la pubblicazione di *riviste* specializzate nonché di un'**enciclopedia**, l'*International Encyclopedia of Comparative Law*.

Per DE VERGOTTINI il **fondamento** del diritto comparato si basa su tre **problematiche** di base:

- *come* comparare? (problema del **metodo**) §4;
- *perché* comparare? (problema della **funzione**) §§8-9;
- *cosa* comparare? (problema dell'**oggetto**) §12.

A queste tre interrogativi si darà risposta in questo capitolo.

2. Presupposti per l'indagine comparativistica

A) Premesse metodologiche

Per tale forma di analisi occorre fare alcune brevi premesse metodologiche:

- la *nozione di «Stato» e di «diritto»* non è uniforme nei diversi ordinamenti, per l'influsso di *fattori meta-giuridici* (credo religioso, appartenenza etnica etc.) e politici;
- la *traduzione* non sempre definisce l'istituto in relazione al suo significato (*semantica*), alla «conversione» dei lemmi in altri idiomi o agli eventi storici (così, ad esempio, l'espressione *civil war* in riferimento agli anni 1861-1865 negli Stati Uniti va tradotto preferibilmente con «guerra di secessione» e non con «guerra civile»);
- l'*interdisciplinarietà*: la mera conoscenza del diritto non è sufficiente, essendo necessarie altre scienze (*linguistica, storia, psicologia, filosofia*) per «entrare» nel vivo degli ordinamenti (*macrocomparazione*) o dei singoli istituti giuridici (*microcomparazione*);
- la *dinamica del potere*: le regole giuridiche sono lo specchio della società, riflettono i rapporti di forza tra i poteri costituiti, e sono la sintesi tra le aspirazioni del legislatore e la regolamentazione pratica del potere esecutivo e giurisdizionale. A regole «eccellenti», infatti, possono corrispondere applicazioni distorte;
- la *mediazione linguistica, culturale e ideale dell'esegeta* viene talvolta influenzata dalle «pressioni» esterne per conseguire risultati che suffraghino e, comunque, non contrastino determinate scelte politiche del potere costitutivo.

(2) Si pensi all'*ordinamento giuridico romano* che, per le accresciute relazioni commerciali del periodo repubblicano, venne a contatto con numerosi stranieri. Al fine di disciplinare i rapporti tra cittadini e stranieri fu istituita la figura del *praetor peregrinus* che poteva «creare» nuove norme giuridiche proprio a partire dalla comparazione dei differenti ordinamenti di appartenenza delle parti.

B) La complessità sociale

Altri presupposti (LOSANO) possono essere individuati tenendo conto della «**complessità sociale**», fenomeno giuridico legato ad ulteriori fattori quali:

- lo **sviluppo tecnologico** che in ogni società segue un proprio percorso e che influenza in modi differenti eventuali indagini comparatistiche;
- la **stratificazione** di più sistemi giuridici storicamente succedutisi sullo stesso territorio, ciascuno dei quali lascia una propria traccia del suo passaggio nei costumi e nelle istituzioni;
- le differenti **vicende storiche** (invasioni, commerci etc.) che importano dall'esterno fattori di cambiamento, creando dei veri e propri «**trapianti giuridici**» (ALAN WATSON), come ad esempio, quello derivante dall'espansione dell'antica Roma su tutti i popoli conquistati.

Questo approccio amplia la ricerca al di fuori del terreno del «diritto» estendendosi alla *storia* e alla *scienza*, fornendo interessanti spunti su cui verificare la correttezza delle generalizzazioni di chi compara (LOSANO).

C) Esigenze teoriche e pratiche della comparazione

La spinta al confronto con altri sistemi normativi (v. anche §8) rientra nella sensibilità, diversamente diffusa nei singoli paesi, della *cultura giuridica* che parte dal legame, teorizzato principalmente dalla dottrina tedesca, tra *Kultur* e *Zivilisation*.

Accanto a tale esigenza teorico-filosofica la *comparazione* si è palesata anche come necessità politica ineludibile che in passato ha coinvolto le **potenze colonizzatrici** tenute a conciliare i propri principi costituzionali con le regole giuridiche religiose preesistenti negli ordinamenti dei paesi conquistati.

3. Difficoltà della comparazione: similarità e differenze

Da più parti emergono posizioni dottrinarie (HAGUE-HARROP) che mettono in luce le *difficoltà della comparazione* in quanto:

- un medesimo fenomeno può assumere **differenti significati** nei *diversi Paesi*;
- la **globalizzazione** fa sì che i Paesi non si possano considerare indipendenti l'uno dall'altro, per cui si riduce il numero effettivo dei casi da comparare;
- ciascun Paese differisce dagli altri sotto molti aspetti, per cui non si potrà mai realizzare l'aspirazione dello sperimentatore di tenere costanti tutti i fattori tranne quello di cui si intende misurare l'impatto;
- i Paesi selezionati per lo studio potrebbero, infine, costituire un *campione poco rappresentativo*, limitando così la significatività dei risultati.

A tali considerazioni va aggiunto il cd. **pregiudizio selettivo** che emerge quando la scelta dell'argomento da studiare produce risultati che non sono rappresentativi della categoria più vasta da cui vengono estrapolati i casi e le variabili. Gli studi sullo sviluppo della *democrazia britannica* ad esempio non trova alcun riscontro nelle altre democrazie; gli studi sui *partiti comunisti* ancora al potere non sono più rappresentativi dei partiti comunisti che governarono l'Europa nel XX secolo.

Modalità di selezione dei Paesi da sottoporre a una comparazione qualitativa

Da un punto di vista metodologico esistono due distinti **approcci**:

- la **massima similarità**, mettendo a confronto sistemi somiglianti (es. Gran Bretagna e Australia; Italia e Spagna) analizzandone le eventuali differenze fra gli stessi;
- la **massima differenza** che, al contrario, permette di comprendere la «tenuta» di una relazione tra due fattori (ad es. rapporto fra diritto e religione) in ordinamenti molto diversificati (Paese laico/ Paese islamico).

4. Il metodo comparativistico: generalità

In generale, un «**metodo**» raccoglie, ordina e analizza un insieme di proposizioni che — nel caso del diritto comparato — sono idonee a far emergere *relazioni* di *simmetria* e *asimmetria* esistenti tra termini appartenenti a ordinamenti diversi di cui si vuole cercare un collegamento (SCARCIGLIA). Tale procedimento (che si scinde in fasi ben definite: *conoscenza*, *comprensione*, *comparazione*) si giova di diverse **modalità di approccio** che si rifanno alle seguenti **metodologie**:

- **metodo problematico**, che parte dall'analisi di un *principio astratto* in riferimento a questioni che hanno suscitato *problemi ermeneutico-applicativi* e, in via *deduttiva*, cerca una conclusione. È tipico dei sistemi di *civil law*;
- **metodo casistico**, che parte *induttivamente* da un *caso concreto* per trarre una *regola generale* dalla sentenza prodotta dal giudice (PENNICINO). È tipico dei sistemi di *common law*.

A tali metodi tradizionali si affianca l'**approccio funzionale** (*functional method*) che cerca le risposte all'*indagine comparativistica* partendo da differenti *soluzioni giuridiche* derivanti da diversi approcci: *regole legali*, *ipotesi dottrinali*, *prassi giurisprudenziali*: l'insieme di tali diverse modalità propositive costituisce il cd. «**formante**» dell'istituto analizzato.

Così, ad esempio, le diverse *motivazioni* di una sentenza costituiscono — nel loro insieme — il formante autonomo della sentenza. Così pure le differenti posizioni della *legge*, della *dottrina* e della *giurisprudenza* costituiscono nel loro insieme le *formanti* di una *determinata casistica*.

5. Metodo o scienza autonoma?

A) Impostazione del problema

Si è a lungo discusso sul ruolo da attribuire al **diritto comparato**, se, cioè, debba essere considerato un mero **metodo di ricerca**, oppure una vera e propria **scienza autonoma** (3).

Pertanto, con l'espressione «**metodo**» ci si riferisce ad un **procedimento ordinato e sistematico**, che può essere applicato in tutti i campi delle scienze, mentre con l'espressione **scienza** si fa riferi-

(3) In particolare, la categoria «*scienza giuridica*» è venuta a rimorchio, prima con l'*Enciclopedia* (XVIII sec.) e poi, nel corso del XIX secolo, con lo *sviluppo* e il *progresso* delle scienze (*positivismo*) che quasi parallelamente, in tutti i rami del sapere, sono andate alla ricerca di regole «*general*» e «*universal*» valide per tutti i campi dello scibile. Tali regole si basano su «costanti» fenomeni che si ripetono e si evolvono e che hanno trovato in **Comte** per la *sociologia* e **Darwin** per la *zoologia* e la *botanica*, convincenti e insuperati padri fondatori.

mento a una **modalità più ampia ed astratta** che consente di raggiungere un *insieme di conoscenze organiche* che costituiscono **categorie generali** basate su principi astratti.

La controversia nasce dal fatto che lo **scopo** del **diritto comparato** è completamente **rovesciato**: se per le altre discipline la *conoscenza del diritto* è l'**obiettivo** principale e l'eventuale *comparazione* è uno strumento per giungere ad essa, nel caso del diritto comparato, la **conoscenza dei vari ordinamenti** costituisce il **presupposto** dell'indagine e la **comparazione** lo **scopo** principale che si intende con essa perseguire (PIZZORUSSO).

Oggi in dottrina (COSTANTINESCO) prevale la visione secondo la quale il **diritto comparato** costituisce una vera e propria **scienza** (4), in quanto si caratterizza per:

- uno specifico **oggetto di studio** (gli ordinamenti vigenti);
- un evidente **obiettivo** di conoscenza (la rilevazione di analogie, similitudini e differenze tra i vari ordinamenti): la ricerca delle *leggi generali* che hanno determinato l'evoluzione del diritto (RAUL DE LA GRASSERIE) e delle *soluzioni normative* adottate dai singoli Paesi in risposta ai problemi derivanti dal differente costume politico, sociale ed economico delle singole comunità (BOGNETTI);
- un **ambito di ricerca** che amplia gli orizzonti culturali e scientifici della realtà giuridica (5);
- una propria **metodologia di indagine** che offre gli strumenti per l'elaborazione di **nuove conoscenze**.

La comparazione, in generale, può essere svolta ricorrendo alle *forme a priori trascendentali kantiane*:

- del **tempo**: lo studio è rivolto all'evoluzione cronologica degli ordinamenti o istituti (*diritto intertemporale*);
- dello **spazio**: l'analisi è diretta al presente e, quindi, agli attuali ordinamenti o istituti (*diritto internazionale*).

B) Nostra opinione

Il problema di ogni «*scienza*» riguarda i suoi *principi fondanti*, la cui presenza costituisce un *riferimento* ineluttabile per conferire tale carattere ad una disciplina.

Ciò premesso, partendo dalla considerazione che un ordinamento generalmente si fonda su una Carta costituzionale che è la «*somma*» dei *principi universalmente riconosciuti* (libertà, eguaglianza, solidarietà, pluralismo etc.) si può affermare quanto segue:

- l'esistenza, confermata anche da documenti internazionali, di un **coacervo essenziale di principi universali** che caratterizzano — almeno in maniera formale — tutti gli ordinamenti mondiali e che sono recepiti nelle *singole Costituzioni*;
- l'accettazione di **tali principi** da parte di tutti gli Stati (si pensi — ad esempio — alla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo* del 10-12-1948);
- la possibilità di *riferirsi*, per dottrina e giurisprudenza, ai *suddetti principi* come canoni di *comparazione*.

La coesistenza di tali presupposti ci permette di conferire l'attributo di «*scienza*» e non di mera metodologia al **diritto comparato**.

(4) Secondo Kant, si ha «*scienza*» se il sistema di conoscenze è ordinato secondo *determinati principi* che, come tali, devono presentare carattere **universale, necessario, sempiterno e indefettibile**, cioè valere **sempre e ovunque**.

(5) Queste finalità si esprimono sia nella *politica legislativa* che dovrà tener conto della comparazione, sia nella *giurisprudenza* ove il giudice, grazie alla comparazione, può colmare lacune se non addirittura, nei Paesi di *common law*, elaborare *nuove regole* (v. sez. II di questo capitolo).

In conclusione, la *scienza comparatistica* è da considerarsi tale solo se «**depurata**» da influenze *contingenti e particolari* che, ponendosi in contrasto con i *principi universali*, ne fanno perdere i connotati di vera e propria scienza.

6. Fini ed attori della comparazione

Al di là di tali autorevoli posizioni, va evidenziato come la comparazione possa costituire anche uno **strumento di analisi** (un **metodo** quindi), il cui obiettivo è di fornire soluzioni alternative a chi governa.

Tale «uso», così, può prestarsi a:

- un **fine positivo**, se l'intento è quello di apportare al proprio ordinamento gli opportuni e necessari *mutamenti* per il *bene comune*;
- un **fine negativo**, se l'intento è quello di adottare, mediante «*comparazioni addomesticare*», soluzioni normative che consentano ai governanti di legittimare scelte politiche già decise, a prescindere dai vantaggi collettivi.

Tale atteggiamento un tempo era tipico dei *regimi dittatoriali* i quali, mediante una incessante *propaganda*, demonizzavano sistemi e modelli normativi stranieri spacciandoli come pericolose fonti di corruzione della collettività.

In Italia, tale soluzione è stata adottata con l'emanazione delle cd. **leggi eccezionali** (6) negli anni '70. In quegli anni, definiti «*anni di piombo*», culminati con l'omicidio dell'onorevole Moro, il Parlamento, seguendo il modello di cui all'art. 48 della Costituzione di Weimar e all'art. 16 della Costituzione francese, emanò la cd. «*Legge Reale*» che sospendeva temporaneamente alcune libertà dei cittadini al fine, tra l'altro, di facilitare le perquisizioni a blocchi di interi edifici senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Oggi, anche nei regimi democratici, con la pressione dei *media*, la *dittatura della maggioranza* e l'assenza di un **controllo politico** su chi governa, ci si può trovare dinnanzi a situazioni analoghe.

Il pericolo dell'uso distorto della comparazione

Il ricorso alla comparazione, in astratto, permette di «**misurare lo stato dell'arte**» del proprio sistema, e valutare *ex ante*, con effetto «*telescopico*», cosa potrebbe succedere se l'*ordinamento X* o l'*istituto Y* mutasse o si evolvesse alla stregua di ciò che si è già verificato in altri sistemi.

Il potenziale «inganno» che tale «tecnica» nasconde appare evidente a chi conosce le regole del potere; oggi chi governa se svolge o fa svolgere uno studio «comparatistico» può cedere alla tentazione di «manipolare» (7) o «far manipolare i dati» (già di non sempre facile estrapolazione) per «adottare» la *decisione* che politicamente ritiene più conveniente per i suoi interessi, *facendola* passare come quella più corretta ed opportuna per il suo Paese.

Intuibile, pertanto, il potenziale **uso surrettizio della comparazione**: dimostrare che l'abolizione della *pena di morte* produce (o non produce) cambiamenti significativi nel numero di omicidi; che il costo per l'introduzione della figura del *difensore civico* è proporzionato (o non proporzionato) al maggior benessere collettivo; che l'adozione di un *sistema elettorale* (maggioritario o proporzionale)

(6) Le **leggi eccezionali** sono provvedimenti approvati solo in particolari circostanze o con una durata limitata nel tempo. Secondo quanto stabilito dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati. Anche l'art. 2 del codice penale (concernente la successione nel tempo delle leggi penali) al 5° capoverso stabilisce che i criteri stabiliti nei capoversi precedenti non si applicano nel caso di «leggi eccezionali o temporanee».

(7) Di tale pericolo ci mette in guardia anche BOGNETTI che a proposito del *valore scientifico* della comparazione testualmente afferma: «*Il criterio che deve guidare la ricerca ... è esclusivamente quello spassionato e neutrale del ritrovamento e della descrizione della verità*» paventando, così, le possibilità di inquinamento della ricerca a fini contingenti e particolari.

avrebbe, confrontando differenti risultati che ne derivano, dato vita ad un sistema maggiormente rappresentativo o creato maggioranze di governo differenti etc.

L'indagine comparata, in conclusione, a meno che non venga svolta per puro «*amor di scienza*» e nell'interesse assoluto della *comunità*, può essere utilizzata per avallare gli *strumenti di persuasione* e/o gestire il consenso.

7. Controllo politico e comparazione

A) Premessa

Lo studio comparativistico, oggi, si sposta sull'analisi delle **dinamiche** dell'esercizio del potere, ossia verificare se le *norme democratiche, pluraliste e garantiste* dell'ordinamento non siano «inquinata» da atti di prevaricazione della maggioranza o di eventuali *governances occulte*.

In tal caso il «comparativismo» perde la sua etica di «*scienza*» e degenera in mera (e «inquinata») *metodologia*.

La *chiave di volta* della corretta «*lettura*» comparativista deve essere sottoposta all'uso dei poteri di **controllo politico** che coinvolgono in primo piano i *cittadini* e le *formazioni sociali* i cui diritti e libertà vanno prioritariamente salvaguardati.

Il dilemma *scienza-metodologia* così si sposta su quello centrale e fondante dell'**effettivo controllo politico** da parte dei popoli (o delle istituzioni che lo rappresentano: Parlamento) su chi governa e sui rapporti tra *Costituzione scritta* e *Costituzione vivente*.

In particolare, nella comparazione (come detto *supra*) prevale l'«*opzione metodo*» quando, senza rifarsi ai **criteri direttivi tipici dello Stato democratico**, ci si limita ad un'analisi «neutrale» e acritica delle cause-conseguenze dei *rapporti ed effetti* di determinati sistemi giuridici o istituti i cui i risultati non possono prescindere da *giudizi di valore* espressione della democrazia costituzionale.

Deve considerarsi una *scienza* quando la *costituzione democratica*, i suoi principi pluralisti, il riconoscimento della libertà degli individui e dei cittadini rappresentano **elementi prioritari e indiscutibili** della comparazione.

Una *visione «statica»* della *Costituzione scritta*, consolidata dall'inviolabilità e intangibilità dei suoi principi, dunque è l'**essenziale punto di partenza dell'attuale scienza comparatista**.

B) Centralità del controllo politico nel diritto comparato

Partendo dal principio di «**supremazia costituzionale**», corollario fondamentale della «*divisione dei poteri*», un **problema centrale della scienza comparativistica** è il **controllo politico** dei rappresentanti sul governo.

Questa regola, con valenze diverse, riguarda sia il sistema *parlamentare* che, con diverse applicazioni, quello *presidenziale* e *semi presidenziale*.

Nei sistemi parlamentari, la **funzione ispettiva** riconosciuta a **ciascuna Camera** consente ai *rappresentanti del popolo* di intervenire (attraverso *atti investigativi, informativi* — es. *question time* — o con l'istituzione di apposite *commissioni di inchiesta, anche bicamerali*) in qualsiasi momento della vita politica del Paese, e attraverso il meccanismo della **sfiducia** (massimo strumento di *controllo politico*) far cadere il governo che non ha rispettato le *regole democratiche* e i *programmi* in base ai quali il popolo, attraverso i suoi rappresen-

tanti, gli aveva dato il suo consenso a guidare il Paese, ricostituendo — così — l'equilibrio costituzionale violato.

Anche il popolo sovrano, attraverso il **referendum abrogativo** (art. 75 Cost.) è chiamato in circostanza di importante valore sociale (che spesso superano la logica pubblicistica) ad esercitare un **controllo politico** cancellando, con un solo atto, sia la volontà del *Parlamento* che quella del *Governo*.

Dal punto di vista comparatista, dunque, appare necessario *ripensare la regola* fondante del *controllo politico*, soprattutto come è accaduto in Italia durante la *seconda Repubblica* con l'introduzione di alcuni istituti pericolosi: si pensi al «*porcellum*» (cioè, «*porcata*») che attribuisce il potere di nomina dei rappresentanti del popolo alle **segreterie dei partiti**, privandolo così del diritto di *eleggere liberamente* i propri rappresentanti.

La nomina dei parlamentari diretta dalle segreterie o del *leader* dei partiti sui cui confluiscono obbligatoriamente in ordine preferenziale i voti degli elettori crea una classe di parlamentari di «fedeli» ed obbedienti, facendo venir meno il «*controllo politico*» del popolo e creando un vuoto democratico che solo l'*intervento postumo della Corte costituzionale* può parzialmente riequilibrare (come è accaduto, per esempio, per il legittimo impedimento, il Lodo Alfano etc.). Tale anomalia è stata registrata a livello *comparatistico* anche in ambito *internazionale* facendo precipitare l'Italia nel settore dei Paesi «*non liberi*» non lontano da Stati notoriamente considerati «*dittatoriali*».

8. Funzioni fondamentali del diritto comparato

A) L'acquisizione di nuove conoscenze e dinamiche applicative

Funzione principale del diritto comparato risiede nell'**acquisire**, al pari di ogni altra disciplina scientifica, **nuove conoscenze** e scoprire **nuovi orizzonti** nei diversi campi di indagine (BOGNETTI); ciò per DOGAN e PELASSY (1990) «*ci fa scoprire il nostro etnocentrismo e superarlo*».

Il semplice e acritico studio dei diversi sistemi non va, infatti, confuso con lo **studio comparativo** degli stessi; una cosa è studiare l'ordinamento di uno o più Stati, altra è porre a **confronto** tali ordinamenti. Solo quest'ultima operazione consente di enucleare *affinità e differenze* che stimolano il confronto e forniscono *conoscenze ulteriori* rispetto allo studio isolato dei diversi ordinamenti.

Il ricorso al diritto comparato, inoltre, consente di **classificare** in categorie di più ampio respiro *sistemi e istituti stranieri* per scoprire le diverse dinamiche applicative di *normative similari* (ad esempio, di *diritto privato* o di *diritto penale*) attraverso un confronto con gli effetti che la stessa ha prodotto in più ordinamenti.

In tal modo il comparatista è in grado di formulare delle *ipotesi* cui dare delle risposte concrete.

B) Interpretazione e ricerca dei «principi generali»

Il metodo comparativo è di particolare utilità anche in sede di **interpretazione** mediante la quale l'operatore del diritto (*magistrato, avvocato, giurista* etc.) *ricava* la norma da applicare al caso concreto (v. *infra* sez. II, §4).

Tra le varie *tecniche interpretative* rientra l'**interpretazione sistematica**, attraverso cui la disposizione da interpretare si inserisce in un *contesto più ampio* e, alla luce di esso, le si attribuisce un significato specifico.

Laddove la cornice entro la quale viene collocata la singola norma è rappresentata dai diversi ordinamenti giuridici si ricorre all'**interpretazione comparativa**: si assume, cioè, come *parametro di riferimento* la disciplina che di un dato istituto viene data nei diversi ordinamenti, per poi ricavarne il principio che meglio consente di interpretare tale norma. A tale tecnica interpretativa fanno ricorso le **Corti** e i Tribunali costituzionali che talvolta per la ricostruzione di uno specifico istituto, fanno riferimento alla disciplina di altri ordinamenti.

La funzione di ausilio del comparativismo nell'**interpretazione sistematica** del diritto è espressamente richiamata per l'attività dei **Tribunali internazionali**.

L'**articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia**, ad esempio, annovera tra le **fonti** del diritto internazionale alle quali la Corte può ricorrere per la soluzione delle controversie insorte tra gli Stati, anche «**i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili**», sempre che essi siano sentiti come «*obbligatori*» e «*necessari*» sia *nei singoli Stati*, che nei rapporti *tra Stati* (CONFORTI). Nonostante l'infelice formulazione (non è ben chiaro nello specifico a quali Stati ci si debba riferire per identificare le «*nazioni civili*»), tali **principi** rappresentano una **fonte sussidiaria generalmente «riconosciuta»** per dirimere le controversie internazionali, la cui individuazione non può prescindere da un'**analisi comparatistica** dei diversi ordinamenti statali.

La ricerca e l'applicazione di principi generali comuni agli Stati membri ha trovato la sua massima espressione nella giurisprudenza della **Corte di giustizia dell'Unione europea** che *nell'interpretazione e nell'attuazione dei trattati* (art. 19 TUE) ha spesso *fatto riferimento a tali principi*, al fine di *colmare le lacune normative* presenti nei trattati, in quanto **comuni denominatori** degli ordinamenti degli Stati membri e, conseguentemente, *base comune* dell'ordinamento dell'Unione europea.

Fondamentali sono i seguenti principi: la **certezza del diritto**, la **irretroattività della legge penale**, la **proporzionalità dell'azione amministrativa**, il **rispetto dei diritti acquisiti**, la **forza maggiore** etc. Il nucleo centrale dei principi generali, dunque, riguarda la **tutela dei diritti fondamentali dell'uomo**.

È da sottolineare, tuttavia, che il **riferimento ai principi generali del diritto mutuati dai sistemi giuridici nazionali non è stato esplicitamente recepito dai trattati dell'Unione europea**: è la sola Corte che, nell'esercizio della sua funzione di interpretazione, richiama tali principi, anche se ha più volte sottolineato che *i principi generali del diritto sono parte integrante dell'ordinamento dell'Unione europea soltanto nella misura in cui sono collegati a situazioni disciplinate dal diritto europeo*.

L'unica disposizione prevista nei trattati dell'Unione europea che richiama i **principi generali di diritto** è quella più limitata contenuta nell'art. 340 TFUE in base al quale «in materia di **responsabilità extracontrattuale**, l'Unione deve risarcire, conformemente ai **principi generali comuni** ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

C) Ausilio nella preparazione di testi legislativi nazionali: la recezione

Il ricorso alla comparazione (e alla ricerca di «*ottimali*» modelli di Stato e di governo) risulta di fondamentale ausilio nella **predisposizione di testi costituzionali e legislativi nazionali**.

Nella politica legislativa degli Stati democraticamente avanzati, in particolare, è ormai *prassi consolidata* procedere ad una **valutazione propedeutica delle esperienze straniere** nel momento in cui si decide di introdurre nuovi istituti oppure riformare quelli già presenti.

Per fare qualche esempio tratto dall'ordinamento italiano si ricordi, a livello regionale, l'introduzione della figura del **difensore civico** (che si richiama alle esperienze *scandinave*), dell'istituzione delle **autorità indipendenti**, per le quali non poteva mancare un riferimento alle esperienze *statunitensi*, oppure della disciplina del **conflitto di interessi**, che parte dell'analisi delle soluzioni adottate in vari Stati e, da ultimo, la problematica afferente al cd. «**testamento biologico**».

9. Ulteriori funzioni: unificazione, uniformazione e armonizzazione

La funzione ritenuta da molti la più *ambiziosa* della comparazione è di procedere alla eliminazione (o quantomeno alla *riduzione*) delle **differenze** tra **diversi ordinamenti**, per giungere ad una *disciplina mondiale comune*.

A) Unificazione

Il **ruolo** che il **diritto comparato** può svolgere nell'**attività di unificazione** è rilevante sotto *tre diversi profili*:

- nell'ambito del **diritto interno**. Negli Stati che nascono dall'**aggregazione** di diverse entità statuali (come, ad esempio, il *Regno d'Italia* nel 1861) è *fenomeno spontaneo* estendere in modo uniforme a tutto il nuovo territorio nazionale un sistema giuridico unitario e coerente (quello, appunto, del *Piemonte Sabauda* e dello *Statuto Albertino*, trasformatosi successivamente in Statuto del Regno d'Italia), che storicamente si identifica con lo Stato più forte;
- nell'ambito del **diritto internazionale**. Le negoziazioni che precedono la stipula di una convenzione o di un trattato internazionale sono spesso connesse alle diverse posizioni assunte dagli esponenti degli Stati che partecipano a tale dibattito. La soluzione finale rappresenta quasi sempre il frutto di un **compromesso** delle diverse esperienze nazionali e porta all'adozione di un testo normativo potenzialmente idoneo a garantire una **uniforme applicazione** della disciplina, affinché gli obblighi assunti vadano eseguiti allo stesso modo da tutti gli Stati firmatari;
- nell'ambito del **diritto sovranazionale**, come nel caso dell'*Unione europea*. Quando furono firmati i trattati istitutivi delle Comunità europee, si rinviò ad una normativa secondaria (il cd. **diritto derivato dell'Unione europea**) il compito di *disciplinare nel dettaglio* le procedure di armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali per poter efficacemente realizzare gli obiettivi delineati dai trattati. Tale operazione ha portato nel corso degli anni ad una imponente produzione normativa sia nazionale che comunitaria frutto di un'operazione di *comparazione* tra i diversi ordinamenti degli Stati membri, in genere condotta attraverso lavori preparatori dalla **Commissione europea** i cui risultati sono sintetizzati nei documenti di discussione, periodicamente presentati alle altre istituzioni (i cd. **Libri bianchi** o **Libri verdi**).

Pertanto, si può correttamente parlare di **unificazione** laddove:

- le regole giuridiche sono *emanate da un unico organo legislativo*;
- esiste un sistema a *piramide* di uffici *amministrativi e giudiziari* deputati a garantire l'univocità nell'interpretazione e nell'applicazione della norma.

B) Uniformazione

Si parla di attività di **uniformazione** delle *regole giuridiche* laddove queste vengono emanate da un *unico organo* legislativo, ma l'applicazione e l'interpretazione è lasciata agli organi amministrativi e giudiziari di ciascun Paese.

Nell'ordinamento dell'**Unione europea** si ha, ad esempio «*uniformazione*» quando viene emanato un *regolamento* o adottata una convenzione tra gli Stati dell'Unione, ma la loro interpretazione viene effettuata solo dai giudici delle Corti nazionali.

C) Armonizzazione

Si parla di **armonizzazione** quando vengono *poste regole giuridiche generali tendenzialmente uniformi*, ma si lascia che ciascuno Stato possa apportare delle varianti (nell'UE si persegue tale obiettivo prevalentemente attraverso l'adozione di *direttive* che si indirizzano, al contrario dei regolamenti, ai *solì Stati* e non anche ai cittadini).

10. Diritto e giustizia

Nell'ambito del dibattito sulla scienza e sul metodo comparato bisogna analizzare la dicotomia tra **giustizia** e **diritto**.

Sul piano generale, la **giustizia** come *categoria filosofica*, per il suo carattere universale ed astratto, può essere oggetto di scienza; il **diritto**, invece, per sua natura *positivo*, a causa delle influenze politiche, porta a soluzioni e regole contrastanti e confliggenti per cui è improbabile che in un singolo ordinamento si possa giungere a formulare soluzioni «certe» e universali tipiche di ogni «scienza».

Il diritto, dunque, non presenta i requisiti idonei per essere considerato «*scienza*», dal momento che i principi politici e contingenti su cui si basa non sono «ideali», «sempiterni» e «universali», ma rappresentano il compromesso della *volontà del più forte* con le altre correnti politiche e con gli *interessi economici della classe dominante* cristallizzati e garantiti dal meccanismo *precetto-sanzione* e dall'apparato repressivo dello Stato che ne assicura l'osservanza.

Pertanto, il diritto non ha nulla a che vedere con la categoria del «giusto» che Hegel ribadiva nella triade *diritto (tesi) — morale (antitesi) — eticità (sintesi)* che costituisce il falso assioma *diritto-giustizia* dei regimi democratici o sedicenti tali, e rappresenta l'illusione «venduta» dai detentori del potere per ingannare gli elettori al fine di guadagnare o mantenere il loro consenso.

Solo pochi comparatisti danno il corretto rilievo al concetto di **diritto** inteso come **tecnica della convivenza sociale** in relazione al **sistema politico-economico** dominante che condiziona la vita, la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

Già nel 1763 **Adam Smith**, nell'abbozzo della «**Ricchezza delle Nazioni**», scriveva che «*in un paese civile i poveri (con il loro lavoro) provvedono a se stessi e all'enorme lusso dei loro signori*» stigmatizzando quei sistemi liberisti ove il *diritto* prende la «forma» e la «sostanza» della volontà delle *classi economiche e politiche dominanti*, creando così un «sistema di rapporti sociali legati agli interessi della classe dominante, sostenuto dalla sua forza organizzatrice: lo Stato» (così testualmente l'art. 590 del codice penale dell'Unione Sovietica).

Di queste considerazioni si deve tenere nel debito conto nell'analisi del fenomeno della «*complessità sociale*» (v. ante §2, lett. B) di fondamentale importanza per l'analisi comparatistica.

11. L'influenza dell'ideologia dominante sui sistemi giuridici

Nello studio dei sistemi giuridici importanza determinante assume l'**ideologia dominante**.

La pace di Westfalia (1648) segna il tramonto definitivo della visione della società universale e «trascendente» che aveva caratterizzato il Medioevo — dominato dai «*due soli*» citati da Dante, *Papato e Impero* — e l'affermazione del principio della piena **sovranità (laica) degli Stati nazionali**, tratto peculiare dell'età moderna e contemporanea.

Tale mutamento, secondo COSTANTINESCO, si caratterizzava per la presenza dell'elemento:

- *rappresentativo*, che considerano cioè l'uomo e la società civile depurata da condizionamenti e influenze religiose;
- *programmatico*, che mira a creare un progetto di ordine politico che possa migliorare la convivenza e la vita sociale;
- *globale*, che coinvolga tutti gli strati di ciascuna società politica;
- *volitivo*, che indica i mezzi con cui i sostenitori dell'ideologia realizzano l'effettivo mutamento.

Venuta meno la centralità della *dottrina cristiana*, a seguito del crescente movimento di laicizzazione delle relazioni umane, le successive ideologie affermatesi a livello di ordinamenti statali europei, sono state, *in primis*, quelle **totalitaria** e quella **libertaria**: la prima basata prevalentemente sull'*imperium*, la seconda anche sul *consensus civium*.

Alla fine del '700 grazie all'affermazione della categoria dei **diritti «naturali e insopprimibili» dell'uomo** e dei diritti politici dei cittadini, il **consensus populi** ha rappresentato un passaggio *obbligato* per la gestione democratica (o pseudo-democratica) dello Stato e per la conservazione del potere dei suoi governanti.

Per il mantenimento del «consenso» ciascuna forma di ordinamento ricorre all'uso di *strumenti mediatici*: la **propaganda** senza veli nei *regimi totalitari*, che però oggi assume una veste più raffinata e apparentemente meno coinvolgente con la **videocrazia** (8) tipica dei *sistemi a base democratica*, in quanto qualsiasi forma di regime non può sopravvivere senza il *consenso sociale* (più o meno cosciente) che la alimenti e formalmente la legittimi.

Le *attuali forme di regime* tendono ad acquisire strumenti sempre più raffinati di persuasione, più o meno occulta, per ottenere consenso, e successivamente, per manipolare le menti dei sudditi-cittadini al fine di piegarli alla loro volontà e ai loro interessi economici e politici.

I «*sistemi libertari*», che si fondano sull'eguaglianza giuridica, pur partendo da premesse ideologiche-democratiche egualitarie, sono ben consapevoli che le *leve «liberali»* dell'economia (e della libera iniziativa privata) sono destinate a prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza dei cittadini creando, comunque, due classi: una **subordinata** e una «**di potere**». Solo quest'ultima regge effettivamente le fila della **governance**, alimentata e costituita dai potentati economici (*nazionali e multinazionali*) che perseguono il fine di affermare, conservare e accrescere la loro *potenza* economica ricorrendo nei diversi Paesi all'adozione di quel *sistema giuridico* che, nei diversi momenti storici, meglio *appaga la casta dominante*.

(8) Si ricordi che anteriormente al fenomeno videocratico *stampa* e *radio* hanno svolto identiche funzioni.

12. Oggetto e fonte del diritto comparato

Oggetto della comparazione sono gli *ordinamenti* dei vari Stati dei quali vengono messi in luce «somiglianze» e «differenze» (MARZO).

La comparazione, che richiede lo studio di almeno **due** o **più** ordinamenti statali, necessita delle seguenti precisazioni:

- deve ammettersi la **possibilità** di procedere ad una comparazione **anche** tra **ordinamenti atipici** o **non statali**: *condizione essenziale* è, tuttavia, l'esistenza di un certo grado di *omogeneità* tra istituti e ordinamenti posti a confronto;
- il **diritto** oggetto dell'analisi comparativa deve essere solo quello **positivo**, inteso come **diritto effettivamente vigente** considerato come sistema di *valori e principi fondamentali*; gli istituti che hanno «*radici ideali*» o non sono più vigenti nei singoli ordinamenti rientrano nel novero delle *discipline «storiche»* e sono, pertanto, oggetto solo di *comparazione storica* (v. ante §1).

Per quanto riguarda le **fonti del diritto** cui bisogna rifarsi per lo studio del diritto positivo, *non* è possibile *limitarsi* a quelle *scritte e codificate* in quanto nello studio di un ordinamento giuridico non può prescindere anche dalle **fonti non scritte**, dalla *prassi*, dalla *giurisprudenza* e dalle *consuetudini* che primaria importanza rivestono negli ordinamenti anglosassoni.

Il «comparatista», cioè, non si può fermare all'analisi delle norme straniere così come sono scritte nei codici o contenute nei testi di legge (cd. *law in the books*), ma deve considerare l'*effettivo grado di operatività* delle norme nella loro dinamica applicativa (cd. *law in action*), badando sia al senso letterale che alla loro prassi applicativa.

La scienza delle «**cause**» del comparativismo vanta *illustri origini*: da quella di **Aristotele** che nel suo trattato sulla *Politica* ha messo in rassegna ben 153 costituzioni di città greche o barbare, a finire a **Thomas Jefferson**, padre della *Dichiarazione di indipendenza* (Filadelfia 1776) che, pur auspicando un recepimento del modello francese, basato prevalentemente sugli scritti di *Montesquieu*, fu ridotto — per motivi di affinità linguistica — alla preferenza di numerosi istituti tipici del modello britannico (PEGORARO e RINELLA).

13. Macrocomparazione e microcomparazione

In dottrina, sulla scia del pensiero di RENÉ DAVID, viene generalmente operata una distinzione tra:

- a) **macrocomparazione**, quando l'esame è compiuto ponendo a confronto gli **ordinamenti** considerati **nella loro interezza** e in riferimento alle loro **strutture** istituzionali fondamentali; così, ad esempio, una comparazione degli ordinamenti di tutti gli Stati appartenenti alla famiglia della **common law** rappresenta una tipica *attività di macrocomparazione*.

Poiché la comparazione tra gli *ordinamenti* risulta il più delle volte *difficile* e porta a *risultati generici* (in particolare laddove si prendono in considerazione ordinamenti poco omogenei ove diversamente hanno influito fattori storici, etc.), si tende a raggruppare i **sistemi** in **famiglie omogenee** che presentano caratteristiche generali comuni.

La disciplina che ha per obiettivo la comparazione tra i **diversi ordinamenti** (o più precisamente tra le diverse famiglie di ordinamenti) assume la denominazione di **sistemi giuridici comparati**, la quale per *mo-*

tivi didattici, nell'attuale sistema universitario, si fraziona in *diritto pubblico comparato*, *diritto privato comparato*, *diritto costituzionale comparato*, a seconda del singolo campo di indagine cui si rivolge;

- b) **microcomparazione**, quando l'esame si fonda sul raffronto tra **singoli istituti** (es.: *pena di morte*, *aborto*, *matrimoni tra persone dello stesso sesso* etc.), o **singole norme** dei diversi ordinamenti.

Come nota DE VERGOTTINI, la **macrocomparazione** comporta un **maggior grado di genericità** e approssimazione rispetto alla **micro** a causa della oggettiva complessità degli ordinamenti giuridici che non possono essere ridotti all'unità per la loro diversa *complessità sociale*.

Dal punto di vista operativo, dunque, da una analisi a più ampio raggio dei principi generali di due o più ordinamenti generali si passa, successivamente, alla microcomparazione (ad esempio: dal *diritto privato* alle singole norme sulla famiglia, dal *diritto pubblico* all'amministrazione della giustizia etc.).

14. Sistemi e famiglie giuridiche

A) La classificazione di René David

Nell'universo articolato e complesso dei sistemi giuridici, il primo passo è quello – comune a tutte le scienze – di ridurre le moltitudini di «*sistemi*» in un numero di «*modelli*» o «*famiglie*» più limitato, essendo impossibile svolgere un'analisi comparativista di circa 200 ordinamenti statali.

Sulla base di queste considerazioni RENÉ DAVID, partendo da due criteri decisivi (la **tecnica giuridica** adottata in ogni paese e il **fondamento dell'organizzazione sociale**) e limitandosi al solo modello di riferimento *Euro-Continental*, distingue:

- la famiglia che prende le mosse e risente prevalentemente dell'influenza del **diritto romano** (*Italia, Francia, Portogallo, Belgio, Olanda* etc.) e che conserva dello stesso inalterate (o quasi) la terminologia, nonché numerosi *istituti e principi*;
- la famiglia **latino-americana** che risente dell'influenza del diritto romano commisto a quello iberico derivante dalla dominazione ispano-portoghese;
- la famiglia **nordica** (*Svezia, Danimarca, Norvegia, Finlandia, Islanda*), meno legata alla tradizione romanistica e influenzata dai principi della filosofia illuministica e da un pragmatismo che caratterizza le *organizzazioni sociali scandinave*;
- la famiglia **germanica** (*Germania, Austria, Svizzera*), fondata su una attenta rielaborazione dei principi romanistici, influenzata dagli studi della dottrina ottocentesca sul *diritto romano* e sul *diritto comune*, da cui è scaturito l'autorevole filone *tecnico giuridico* della «*pandettistica*»;
- la famiglia **anglo-americana**, detta di *common law*, che presenta caratteristiche del tutto particolari sia nella tecnica giuridica che nell'organizzazione della società.

B) La visione di Zweigert e Kötz

Zweigert e Kötz hanno proposto per distinguere le diverse famiglie i seguenti **criteri**:

- lo *sviluppo storico* di ciascun ordinamento;
- lo *sviluppo del pensiero giuridico* sulla «teoria dello Stato»;

- gli *istituti* pubblici e privatistici di ciascun sistema;
- l'*ideologia dominante* che influenza le Costituzioni (scritta e vivente) di ogni Paese.

Gli Autori identificano, così, altre categorie di famiglie tenute fuori da David:

- gli ordinamenti socialisti;
- gli ordinamenti dell'estremo oriente;
- l'ordinamento islamico;
- l'ordinamento indù.

C) La rinuncia a tali classificazioni

Una parte della dottrina ritiene che la **ricerca di regole teoriche astratte**, frutto prevalentemente del pensiero occidentale, da poter applicare in Paesi diversi, si dimostra tanto velleitaria, quanto *inutile*.

Appare, infatti, complessa e difficoltosa una dettagliata ricerca per inquadrare i singoli ordinamenti in «famiglie», sia per la continua interazione fra i *sistemi giuridici*, sia per l'impossibilità materiale, una volta identificate le famiglie, di poter giungere ad una *disciplina comune* mirante al raggruppamento in un ordinamento universale che, soprattutto se verticistico, metterebbe in mano a pochi potentati il destino del mondo.

15. La comparazione per modelli

Un diverso approccio che si affianca, circoscrive e supera la «comparazione per famiglie» è quella per **modelli comparativi** che raggruppano in forma ordinata e in relazione a specifici fenomeni o istituti, un certo numero di dati «sparsi» relativi soprattutto (ma non esclusivamente) ad un solo ordinamento al fine di conferire loro una «*coerenza d'insieme*» (G. TUSSEAU).

TUSSEAU fa l'esempio del *controllo di costituzionalità* che:

- nel *modello americano* si presenta decentralizzato, concreto, riferito a qualsiasi giudice e circoscritto alle sole parti;
- nel *modello europeo*, invece, è centralizzato, astratto, riferito solo al giudice adito, con effetto *erga omnes*.

Come si vede, questo sguardo conferisce una *migliore*, più ampia e *completa percezione* di un *sistema giuridico* perché esamina differenti visuali e angolazioni.

Il «**modello comparativo**», per come è concepito, mette bene in luce, all'interno di ciascun sistema nazionale, la «*coerenza*» tra gli istituti (che, al contrario, possono sfuggire all'*analisi microcomparativa*) perché coglie uno sguardo d'insieme che facilita, in modo più razionale, la comparazione dei diversi *elementi* messi a confronto e rende più agevole l'utilizzo di dati raccolti.

Se tale indagine, secondo TUSSEAU, è inizialmente *statica* perché presenta gli istituti *hic et nunc*, ciò non significa che non può iscriversi in una dimensione più dinamica, mutuando da modelli *diacronici* e *sincronici* potenziali linee evolutive-involutive.

Così, ad esempio, Polibio nella sua «*Storia universale della Repubblica Romana*» – sulla scia di Platone ed Aristotele – costituisce modelli e loro degenerazioni delle forme di Stato (*Monarchia* - *Tirannia*, *Aristocrazia* - *Oligarchica*, *Democrazia* - *Demagogia*) pervenendo alla teoria della *ciclicità* di tali modelli per cui ciascun *modello* da origine a quello successivo per ritornare, completato il ciclo, al modello iniziale.

Lo studio dinamico dei modelli, dunque, porta ad affermare una **tesi evoluzionista** che consente l'integrazione di dati sforzi, stimola l'analisi scientifica, facilita le formulazioni di ipotesi e la ricerca *eziologica*, cioè delle cause che hanno determinato i *cicli* da cui sono scaturiti i diversi modelli che si comparano.

TUSSEAU, comunque, mette in guardia il comparatista da possibili fraintendimenti che potrebbero vanificare la «ricerca per modelli» e che potrebbero derivare da una personale scelta comparativa dei dati preliminari da inserire nel *rapporto tra modelli* che potrebbero portare a conclusioni deviate.

Da ciò consegue che il comparatista deve conoscere al meglio delle sue possibilità i *quadri sociali, politici, normativi* in cui sono sorti *diritti e istituti*.

In particolare, occorre sempre tener presente i presupposti referenziali dei *modelli* di determinati **assunti** come base comparativa, indagando anche sull'**aspetto compromissore** con cui le scelte politiche contingenti hanno determinato specifiche statuizioni normative che non hanno nessuna logica in un contesto differente.

Così, ad esempio, l'*infelice* dizione del nostro Costituente che all'articolo 48 definisce il voto un «*dovere civico*» potrebbe portare l'*esegeta straniero* all'assunzione di un dato errato dalle fondamenta in quanto, come tutti sanno, il **voto** costituisce esclusivamente un **diritto**, riflesso del diritto inviolabile della libertà di espressione e di pensiero. Per uscire dall'equivoco occorre rifarsi alla lettura dei *lavori preparatori* della Costituzione per valutare il «*clima compromissorio*» tra le diverse correnti politiche che portò a tale «anomalia».

16. Principali settori giuspubblicistici di comparazione

Nell'ambito del diritto pubblico (e segnatamente nel diritto *costituzionale*) di gran rilievo sono stati in passato gli *studi comparativistici* che hanno riguardato principalmente:

- **forme di stato e di governo:** in questo caso l'analisi ha avuto spazi conoscitivi e comparativi di grande estensione in riferimento soprattutto alla *storia delle istituzioni*. Ciò a partire dallo studio del *sistema inglese* e dalle *regole fondamentali del parlamentarismo* (separazione dei poteri, rappresentatività, libertà di voto, rapporti e controllo parlamento-governo, ruolo del capo dello Stato, sistemi elettorali etc.);
- **analisi delle forme derivate dalle forme di governo classiche** (es.: *semipresidenzialismo*) che costituisce una forma di compromesso tra *parlamentarismo e presidenzialismo*;
- **analisi dei singoli organi sovrani** in relazione ai grandi temi del bicameralismo, rappresentanza politica, immunità parlamentari, poteri delle minoranze; rapporti tra capo del governo e singoli ministri; rapporti tra potere esecutivo e giurisdizionale; spazio concesso alle autorità indipendenti etc.;
- **rapporto fra Stato e individui**, (cittadini, stranieri, rifugiati, clandestini) in materia di *diritti inviolabili, diritti civili, politici, di libertà, cittadinanza, nuovi diritti* (es.: bioetica, diritto all'identità personale etc.) relativi all'attività della pubblica amministrazione, all'unità della giurisdizione, ai principi e alle garanzie del processo, ai sistemi processuali etc.;
- **rapporti fra Stato e diverse forme di organizzazione locali** (regionalismo, federalismo etc.).

In questi settori l'analisi comparativistica è tenuta, *in primis*, ad espungere e non travisare i **principi**, a valutare i **corollari**, nonché tenere conto di *contrast*i e *antinomie* delle diverse complessità sociali a fondamento dei singoli ordinamenti per giungere alle corrette metodiche di risoluzione.

Ciò al fine di rispettare l'intangibilità dei *principi* che, se si vuole rimanere nell'ambito dei sistemi democratici, subiscono dietro il paravento dell'innovazione comparatista il rischio di essere intaccati, sminuiti o cancellati: complice di questa operazione può essere proprio un *distorto ricorso al comparatismo* che, dietro un confronto plurinazionale di respiro apparentemente *migliorativo e democratico*, può costituire un latente e pericoloso veicolo di introduzione di istituti e regole antidemocratiche.

17. Rapporti con altre discipline

Il diritto comparato presenta numerose **affinità** con la **filosofia del diritto**, la **storia del diritto** e con la **teoria generale del diritto** nonché con **altre discipline** storico-giuridiche.

Tuttavia, in merito a ciascuna di esse, esistono diversi elementi di differenziazione:

- la **filosofia del diritto** si riferisce a **principi universali** ideali, mentre la comparazione si riferisce esclusivamente a norme *positive vigenti*;
- la **storia del diritto** svolge l'analisi sullo **sviluppo nel tempo** del diritto, a differenza di quanto avviene per il diritto comparato che concentra la propria attenzione sul fattore **spazio**, cioè sugli ordinamenti **effettivamente vigenti e operanti** in un dato momento storico (anche se non sono esclusi riferimenti ad ordinamenti non più vigenti) (9);
- la **teoria generale del diritto** concentra il suo studio sui *concetti e gli istituti fondanti del sistema*, come quello di *norma giuridica, ordinamento giuridico, validità, fonte del diritto, legge, diritto soggettivo* etc. Tali aspetti costituiscono i termini **propedeutici** allo studio del diritto comparato;
- la **scienza politica** definisce i concetti di «*politica*», *potere, sovranità «governo», autorità, nazione*, etc. e, quindi, costituiscono il terreno più idoneo sul quale il comparatista può «fondare» e «costruire» la sua indagine;
- i **sistemi giuridici comparati** partono invece dallo studio delle grandi *famiglie giuridiche* (*common law, civil law*, ordinamenti a fondamento politico-religioso etc.) che, alla luce di alcuni parametri prefissati (eventi storico-politici, dottrine di giuristi d'eccellenza, evoluzione degli istituti giuridici, analisi delle fonti, applicazioni e teorizzazione delle ideologie) individuano e definiscono complessivamente i sistemi giuridici degli Stati contemporanei;
- il **diritto privato comparato** esamina i sistemi di diritto privato (prevalentemente *civile e commerciale*) partendo dalle discipline giusprivatistiche per la comparazione dei singoli istituti;
- la **storia delle istituzioni** che rappresenta il presupposto indispensabile per seguire l'*iter* storico-politico degli ordinamenti giuridici che hanno dato vita alle attuali famiglie giuridiche dell'età contemporanea;
- il **diritto dell'Unione europea** che fa ricorso costante alla comparazione tra i sistemi e gli istituti giuridici vigenti dei suoi *Paesi membri* per dettare *norme sovranazionali* che direttamente (regolamenti) o indirettamente (direttive) coinvolgono il diritto interno degli Stati che ad essa appartengono.

Sezione Seconda Ambiti applicativi

1. L'omogeneità tra ordinamenti e istituti

Una determinata **omogeneità** tra *ordinamenti* e *istituti* costituisce il **presupposto** per una più corretta comparabilità.

(9) A tal proposito è utile sottolineare la **differenza tra due tipi di comparazione**:

- **orizzontale**, cioè **sincronica**, quando sono messi a confronto in un dato momento storico gli ordinamenti vicini nel tempo, ma lontani nello spazio;
- **verticale**, vale a dire **diacronica**, se gli ordinamenti confrontati sono lontani nel tempo.

Al riguardo, DE VERGOTTINI distingue la comparazione tra:

- **ordinamenti:** è più difficile e delicata tra ordinamenti disomogenei, quali, ad esempio, ordinamenti in cui dominano *principi neo-liberali europei* e quelli invece *legati alla legge coranica*. Se tali ordinamenti sono oggetto di studio comparatistico, occorre anche porre l'accento su *presupposti ideologici* ed *elementi di diversità ineliminabili* (*laicismo, teocrazia*) funzionali agli obiettivi della specifica ricerca;
- **istituti:** la comparabilità deve circoscriversi soprattutto agli *elementi identificativi comuni* alla luce delle modalità con cui gli istituti soddisfano le diverse esigenze dei cittadini nei singoli ordinamenti.

Ritorna come *esempio significativo* l'**istituto del difensore civico**, istituito per tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini nei confronti degli abusi prevalentemente del potere amministrativo. Ebbene, la comparazione deve tener conto del fatto che mentre nei Paesi scandinavi tale istituto rappresenta l'*unico strumento di tutela* a disposizione dei cittadini, nel nostro Paese tale figura, attualmente presente solo in alcuni sistemi regionali, rappresenta un *rimedio alternativo* ai **ricorsi amministrativi e giurisdizionali**, per cui il problema della tutela del cittadino contro gli abusi del potere esecutivo può essere correttamente affrontato solo sul piano *macrocomparativo* e meno su quello relativo alla sola figura del *difensore civico* (microcomparativo).

2. Il giudizio comparativo e il modello di riferimento (*tertium comparationis*)

Importante per una corretta analisi comparativa è la possibilità di tener presente un *modello di riferimento* (cd. **tertium comparationis**).

Si tratta di un problema metodologico, sollevato da alcuni filosofi del diritto (RADBRUCH), che parte dall'assunto secondo cui non si possono comparare in assoluto due termini, se non in relazione ad un *modello ideale* di riferimento, che dovrebbe rappresentare un costante metro di giudizio.

Questa concezione presuppone l'*esistenza* di un *ordine giuridico superiore*, un insieme di regole meta-giuridiche, che, proprio per la sua astrattezza, induce alcuni autori (COSTANTINESCO) a **ritenere inutile l'idea di un tertium comparationis** come *unità di misura necessaria per raffrontare due modelli*: la comparazione deve essere, al contrario, sempre effettuata tra ordinamenti vigenti e non in riferimento ad unità di misura astratte e trascendenti, che non trovano effettivo riscontro nel diritto positivo dei singoli Paesi.

3. I contesti affini nella macrocomparazione

A) Presupposti

Per quanto concerne la *macrocomparazione* (quella, cioè, tra più sistemi), si rende necessario, per raggiungere risultati più attendibili, raggruppare i differenti tipi di ordinamento giuridico in **contesti comuni o affini per caratteristiche**, scegliendo di volta in volta i criteri di classificazione che interessano ciascuna ricerca.

Punto di partenza obbligato per il *diritto pubblico comparato* è il ricorso alle **forme di Stato** e alle **forme di governo** in base alla quale sono storicamente già ben delineate alcune *classi generali* (*monarchia, repubblica*) nonché la *comunanza/divergenza dei valori* perseguiti da ogni ordinamento (*democratico, autocratico, totalitario*) in ciascuno dei quali, poi, si possono distinguere diverse *sottoclassi* (*governo presidenziale, semipresidenziale etc.*). Operando in tal modo si arriva ad analizzare gli *elementi concorrenti o ricorrenti* e di *contrasto*, in modo da fissare tipologie comuni per una più efficace comparazione.

B) La Classificazione di MONATERI

Su tali «*contesti*» si basa l'analisi (1997) di MONATERI, di chiara matrice marxista, in base a cui lo studio dei **valori superiori egemoni del sistema** costituisce il **principale parametro comparativistico**.

L'Autore propone una classificazione delle «*famiglie*» secondo il seguente schema:

- famiglie ad **egemonia del diritto**, in cui prevale il *principio di legalità* accanto all'affermazione primaria e assoluta dei valori democratici dei *diritti dell'uomo*. Appartengono indifferentemente a tale categoria sia i paesi di *civil* che di *common law* di consolidata tradizione laica e democratica;
- famiglie ad **egemonia politica**, in cui gli obiettivi della classe politica dominante si dimostrano prioritari anche a spese dei valori democratici e dei diritti individuali: è il caso dei *regimi assolutistici, totalitari* e dei paesi ex comunisti che hanno «*soppresso*» o «*sospeso*» importanti diritti primari e libertà dei singoli in nome del principio supremo di «*legalità socialista*», a tutela cioè dell'erigendo «*socialismo*»;
- famiglie ad **egemonia tradizionale-religiosa** in cui l'*ordinamento giuridico* è condizionato costantemente da *principi religiosi e tradizionali* il cui fondamento etico-filosofico prescinde dal concetto di **diritto positivo e laico**.

C) La tesi di DE VERGOTTINI

Per quanto riguarda la comparazione nell'*organizzazione del potere politico*, cioè tra le singole **forme di regime**, DE VERGOTTINI enuclea i tre *criteri fondamentali*:

- la **titolarità** del potere (*monarchia/repubblica*);
- le **modalità** d'uso dello stesso (*democrazia diretta o indiretta*);
- la **finalizzazione** dell'uso del potere a beneficio di tutta la collettività (*stato sociale*) e di singoli gruppi al potere (*stato oligarchico*).

La **prima** (*titolarità*) può essere attribuita a un individuo (*monarchia*), a una *classe* (*aristocrazia*), a tutti (*democrazia*).

La **seconda** (*modo d'uso*) può, ad esempio, prevedere che il potere sia operativamente affidato direttamente a tutti i cittadini (*democrazia diretta*) o può prevedere una *delega* della collettività (parlamentari) o a organi più ristretti che li rappresentino (*democrazia indiretta*).

La **terza** (*finalizzazione*) è una opzione di carattere prevalentemente *politico-ideologico* legata a scelte collettive (tutela del *singolo*, di individui di una determinata nazionalità, di una *classe* economica, dell'iniziativa e della proprietà privata, pluralismo istituzionale a tutela dello Stato-comunità, raggiungimento del benessere collettivo etc.) affermatesi a seguito di grandi mutamenti storici nelle tradizioni e ideologie dei sistemi giuridici.

È, comunque, imprescindibile un'**analisi effettiva** che parta dal *diritto vivente*, dalla prassi costituzionale, senza arenarsi nello sterile studio di postulati ideologici talvolta racchiusi negli enunciati dogmatici (spesso solo teorici) dei singoli testi costituzionali o dei loro preamboli.

Partendo da tali premesse DE VERGOTTINI distingue **tre categorie di Stati** che rispondono ai tre criteri sovraenunciati: **di derivazione liberale, socialisti e autoritari**, e non tiene conto delle altre classificazioni che valutano anche *parametri: economici* (es.: Stati in via di sviluppo), *politologici* (Stato a partito unico), *geografici* (es.: Stati del terzo mondo), *religiosi* (es.: Stati islamici) etc.

L'autore, infine, non considera determinanti la dicotomia di sistemi a *base privatistica o pubblicistica* (*civil law, common law*) come proposto da RENÈ DAVID che, partendo dalla teoria generale più vicina al diritto privato, distingue tra *famiglia romano-germanica, di common law, musulmana, indiana, dell'Estremo Oriente*.

4. Rapporti tra poteri giurisdizionali e comparazione

A) La giurisdizione nazionale

Già alla fine dell'800, alcuni insigni giuristi (Holland, Maine, Brice) hanno evidenziato la crescente cooperazione tra i poteri dello Stato in materia di comparazione: secondo Holland, infatti, mentre «*il diritto comparato raccoglie e cataloga le istituzioni di diversi paesi, spetta alla giurisprudenza dare ordine e sistematicità alle idee e agli istituti effettivamente realizzati in diversi sistemi contemporanei*» (PEGORARO-RINELLA).

Se la comparazione spazia soprattutto tra sistemi e **regole vigenti** in diversi ordinamenti che sono espressione tipica del **potere legislativo** non può trascurarsi che, seguendo l'*iter* applicativo della norma giuridica, essa possa in qualche modo interferire con l'*ermeneutica*, cioè con il processo *interpretativo-applicativo* della norma stessa, coinvolgendo, in tal modo, l'**attività giurisdizionale**.

Tale ambito coinvolge **documenti e istituzioni** come:

- **Carte internazionali** (a partire da quelle relative ai *diritti inviolabili dell'uomo*);
- **Corti sovranazionali** (*Corte di giustizia dell'Unione europea*);
- **Corti costituzionali o tribunali supremi nazionali**: soprattutto dalla seconda metà del '900 i *giudici* possono tenere conto, in forma più o meno ausiliare, anche dei risultati interpretativi delle *giurisdizioni* al di fuori dell'ordinamento statale quando le loro statuizioni possano risultare *utili* alla formazione della singola decisione (DE VERGOTTINI).

Questa tendenza viene già ampiamente applicata all'*Unione europea* e porta alla **disapplicazione della norma nazionale** se ritenuta in contrasto con quella «europea» da parte del singolo giudice interno.

Tale fenomeno può anche incidere sulla «**metodologia**» che si segue nel «*ragionamento giuridico*» che può portare anche una diversa scelta giurisprudenziale.

Al riguardo DE VERGOTTINI documenta l'esempio del **principio di proporzionalità** nella giurisprudenza nazionale ed internazionale richiamato sia dalla *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, che dalla *Corte di giustizia dell'Unione europea* anche da numerose corti o tribunali di singoli paesi.

Si tenga presente che da tale principio, ad esempio, si determina l'esistenza o meno della *legittima difesa*, dell'*uso legittimo delle armi* etc. (non può, ad esempio, considerarsi «*proporzionata*» la reazione dell'agente di polizia che spara all'automobilista che non si ferma all'intimazione di arresto della sua vettura).

L'«**argomento comparativo**» va, in ogni caso, utilizzato nell'*applicazione del diritto della singola giurisdizione* e prevalentemente in *sede cognitiva*, raramente in sede decisoria (DE VERGOTTINI) e solo nell'ipotesi in cui si presenta di particolare *autorevolezza, costanza, logicità*, nonché di *importanza determinante e risolutiva in relazione al singolo caso concreto*.

Tale «*apertura*» alla comparazione del parte dei **giudici nazionali** è diversamente graduata a seconda delle norme *giuridiche* e delle *convenzioni sociali* del proprio Paese: così, ad esempio, sarà una «*mera chimera*» aspettarsi un ricorso ad una interpretazione «*transnazionale*» in un paese «*integralista*».

Ciò non toglie, nota DE VERGOTTINI, che alcuni paesi più aperti come il **Canada, l'Australia e il Sudafrica** riconoscono addirittura la possibilità di *parametrazione a distillare norme generali estranee* per accertare eventuali incostituzionalità delle norme interne, o, comunque, accettare apertamente l'applicazione *tout court* del diritto straniero nel proprio ordinamento (Sudafrica).

B) Le Corti sovranazionali

Diverso è il caso delle **giurisdizioni sovranazionali**, in particolare:

- la **Corte di giustizia dell'Unione europea** riveste istituzionalmente il ruolo di «*giudice comparatista per eccellenza*» proprio perché viene chiamata ad una continua attività comparativista sia nei confronti degli Stati *membri* che nelle relazioni con i *Paesi terzi*. La Corte gode, comunque, di *ampi spazi* discrezionali deliberativi quando riscontra una differenza notevole tra le discipline nazionali di un determinato istituto: in tali casi vige il **principio della funzionalità** in riferimento al caso concreto sempre, però, tenendo nel debito conto i «*principi generali comuni dei singoli ordinamenti degli Stati membri*». In tal caso — nota MORBIDELLI — si applica la **regola tendenziale** che viene attinta, di volta in volta, dal patrimonio degli ordinamenti dello Stato che meglio si adatta alla soluzione del caso all'esame della Corte.

Nell'ambito del singolo processo, per DE VERGOTTINI, va distinto:

- a) il *momento istruttorio* in cui viene svolta un'ampia e generica valutazione comparativa delle fonti disponibili;
 - b) il *momento decisivo* in cui la Corte tiene effettivamente conto del diritto degli Stati coinvolti nel giudizio;
- la **Corte europea dei diritti dell'uomo**, che opera nell'ambito del Consiglio d'Europa, costituisce un altro esempio di *giudice comparatista d'eccellenza* (ROZAKIS) e si rifà *principalmente* (ma non esclusivamente) agli **indicatori comuni** dei singoli diritti interni dei paesi membri (DE VERGOTTINI). La Corte, però, ha enunciato — nel corso degli anni — una serie di **parametri autonomi**, cioè modalità di valutazione diverse in armonia con lo spirito della *Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo* (CEDU), che possono anche presentare relazioni di somiglianza nei confronti di ordinamenti di Stati terzi.