

# Capitolo 1 | Il diritto comparato e la scienza della comparazione

**Sommario** | 1. Definizione e nozioni generali. - 2. Presupposti metodologici per l'indagine comparativa. - 3. Funzioni, oggetto e fonti dei sistemi giuridici comparati. - 4. Macrocomparazione e microcomparazione. - 5. Rapporti con altre discipline. - 6. L'influsso dell'etnologia, della filosofia e la ricerca del «diritto giusto». - 7. Comparabilità (parziale o globale) dei sistemi.

## 1. Definizione e nozioni generali

### A) Premessa introduttiva

Il **diritto comparato**, secondo la più autorevole dottrina (COSTANTINESCO), è quella scienza che intende «*condurre il pensiero giuridico a constatare e a cogliere, attraverso un procedimento ordinato, metodico e progressivo di raffronto, le somiglianze, le divergenze e le cause, cioè a rivelare le relazioni esistenti tra differenti ordinamenti*».

Tale branca del diritto copre sia l'ambito del «**diritto privato**» che quello **giuspubblicistico**, ramo in cui gli studiosi, nel corso degli anni, non sono ancora riusciti ad ottenere risultati sistematici soddisfacenti (DE VERGOTTINI).

La necessità di comparare *sistemi e ordinamenti giuridici*, sempre presente nello sviluppo delle istituzioni, è stata più fortemente sentita e istituzionalizzata soprattutto a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, sotto l'influenza del **positivismo giuridico**, e ciò ha dato un contributo notevole alla crescita e allo sviluppo dei nuovi ordinamenti nazionali (tra cui il regno d'Italia e il Reich Tedesco) che prendevano vita proprio all'inizio della seconda metà dell'800.

### ***Origini e sviluppo del diritto comparato***

La comparazione fra i diversi ordinamenti giuridici è stata praticata dai giuristi fin dall'**antichità**; si pensi che Aristotele fondava il suo trattato *«Politikon»* proprio sulla comparazione tra gli ordinamenti delle 153 città-stato greche.

Anche nel **Medioevo** *diritto romano* e *diritto canonico* erano continuamente messi a confronto e, nel Settecento, Montesquieu metteva in luce lo *«spirito delle leggi»* per trarre i principi del buon governo attraverso la comparazione tra i diversi sistemi (DAVID).

Il tentativo di individuare uno specifico ambito di studi del **«diritto comparato»** risale, però, agli ultimi anni del XIX secolo. Precisamente, è nel 1869 che fu fondata a Parigi la *Société de législation comparée*, intorno alla quale cominciarono a lavorare i primi comparativisti, ed è nel 1900 che fu tenuto, nella stessa città, il primo *Congresso Internazionale di Diritto Comparato*.

### **B) La «scienza comparativistica»**

L'attribuzione del rango di vera e propria **«scienza»** (1) deriva dal *«diritto comparato»* e dallo studio dei *«sistemi»* che costituiscono le sue premesse dal fatto che:

- ad essi fa capo uno specifico **oggetto di studio** (una pluralità di ordinamenti vigenti) al fine di evidenziare in quali settori dei singoli ordinamenti (*privato, pubblico, internazionale privato* etc.) la comparazione si può dimostrare di maggior ausilio;
- tendono ad un evidente **obiettivo di conoscenza** (la rilevazione delle **analogie, similitudini e differenze** tra i vari ordinamenti) condotto attraverso la ricerca delle **leggi generali comuni a tutti gli ordinamenti** che costituiscono il punto di partenza per l'analisi comparata;
- consentono il **confronto** e l'**assimilazione** dei singoli sistemi e che permettono la *«circolazione di diversi modelli»* nello studio dei diversi ordinamenti (**Raul de la Grasserie**);
- mostrano specifiche **peculiarità e finalità** tali da attribuire, da parte di numerosi autori, a tale disciplina il titolo di **«scienza autonoma»**.

Pur costituendo il «comparativismo» una **metodologia** può essere considerata una vera e propria **«scienza autonoma»** se si fonda su **principi generali**, costanti e uniformi dei sistemi da comparare.

Si può parlare, infatti, di **«scienza»** (e non di mera *metodologia*) se gli Stati si rifanno ad uno dei principali corollari del principio della *separazione dei poteri*, quella della **«supremazia costituzionale»** che prevede la piena applicazione

(1) Rispetto alle altre discipline giuridiche, si può affermare che lo **scopo del diritto comparato** è esattamente **rovesciato**, nel senso che mentre per le altre materie *«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 sistemi costituisce il presupposto dell'indagine vera e propria mentre la comparazione rappresenta lo scopo principale»* (PIZZORUSSO).

ed il rispetto dei **valori superiori universalmente condivisi** come, ad esempio, i **diritti dell'uomo** (che sono, come tali *inviolabili*), le **libertà fondamentali**, nonché tutte le regole costituzionali (e non) che conferiscono autonomia e indipendenza ai diversi organi supremi dello Stato nel rispetto del «*Rule of law*».

«**Democrazia**» e «**costituzionalismo**», dunque, se rispettate nell'ambito dei sistemi oggetto di comparazione, elevano al rango di **scienza** la **comparazione giuridica** e trovano nel **controllo politico del popolo e delle assemblee** che la rappresentano il termometro per misurare la corretta «*temperie democratica*» del sistema da istituire (o modificare);

- posseggono una propria **metodologia di indagine** (tipica delle scienze umane) applicata alla scienza giuridica che, comunque, incontra notevoli e talvolta insuperabili ostacoli di cui si dirà nel corso della trattazione (v. cap. seguente).

In tal senso, parte della dottrina attribuisce alla «**scienza dei diritti comparati**» il rango di **disciplina autonoma**, e individua quale suo obiettivo primario quello di «*raggruppare gli ordini giuridici del mondo per ridurre il loro numero ad alcune grandi famiglie e la loro diversità ad alcuni grandi sistemi*» (CONSTANTINESCO). Secondo alcuni comparatisti, per rispondere alle esigenze del «**diritto positivo**» occorre limitare il campo di indagine agli **ordinamenti attuali**, lasciando la classificazione sistemica dei *diritti antichi* alla *storia comparata dei diritti*, ricorrendo cioè alla comparazione «**sincronica**» (cioè di quelli che *coesistono* nello stesso *momento storico*) e non *diacronica* (cioè quelli esistiti in varie epoche storiche).

## 2. Presupposti metodologici per l'indagine comparativa

### A) Questioni metodologiche introduttive

Sul piano metodologico, per quello che *rileva* l'attuale esigenza **sistematica** comparativista, occorre partire da alcuni **archetipi** e **considerazioni preliminari** imprescindibili:

1. le nozioni di «**Stato**» e «**diritto**» che mutano nei diversi ordinamenti e subiscono (nello spazio e nel tempo) un differente influsso di fattori sia **meta-giuridici** (*credo religioso, appartenenza etnica* etc.), che **politici**;
2. la **traduzione** di parole e concetti complessi da una lingua all'altra che non sempre è sufficiente ad «esplicare» dando il corretto senso all'istituto in relazione al suo esatto significato (*semantica*) per la difficoltà della «conversione» dei lemmi in altri idiomi o alla luce degli eventi storico-pubblici (così, ad esempio, *civil war* si traduce «*guerra di secessione*» e non in «*guerra civile*» come potrebbe evincersi da una traduzione «alla lettera»);

3. l'**interdisciplinarietà** assume un ruolo chiave. La mera conoscenza del diritto non è sufficiente, a connotare la comparazione essendo anche necessari il supporto di altre scienze (*linguistica, storia, psicologia, filosofia*) per «entrare» nel vivo degli ordinamenti complessivamente esaminati (*macrocomparazione*) o dei singoli istituti stranieri (*microcomparazione*);
4. vanno analizzate, infine, le influenze derivanti dalle **dinamiche del potere**. Le regole giuridiche sono lo specchio della società, dei rapporti di forza tra i poteri costituiti, tra le aspirazioni del legislatore e la regolamentazione pratica del potere *esecutivo e giurisdizionale*, cioè dello iato che può derivare dalla cd. «**law on the book**» (*legge scritta*) e «**law on action**» (*diritto vivente*).  
A regole formalmente ritenute «eccellenti», cioè, possono corrispondere nella pratica distrazioni e favoritismi di poteri e fonti «legali» e «illegali» espressione di un diverso «*diritto vivente*» presente effettivamente nei singoli ordinamenti;
5. la **mediazione linguistica, culturale, ideale dell'esegeta** può essere influenzata dalle «pressioni» esterne condizionando e addomesticando l'impostazione della comparazione per conseguire risultati che suffraghino eventuali scelte politiche che tengono conto della volontà di chi governa o dei gruppi di pressione (*lobbies*) che condizionano più o meno latentemente l'azione pubblica e non degli interessi collettivi.

### **Le metodologie d'indagine nel diritto comparato**

DE VERGOTTINI distingue le seguenti **metodologie**:

- metodo **quantitativo-statistico**, per individuare, ad esempio, nel quadro di certi modelli di forme parlamentari, la *durata dei governi rispetto alle legislature* (o l'incidenza percentuale dei casi di conciliazione sullo svolgimento dei processi);
- metodo delle **casistiche**, talvolta emblematiche, come i rinvii della *legge sul conflitto di interessi*, che non ha ancora portato nel nostro Paese alla risoluzione di tale importante problematica;
- metodo **storico**, che ricorre ai precedenti storici al fine di valutare la vigente disciplina di un istituto, alla luce della sua evoluzione storico-politico-istituzionale per analizzare una sua potenziale trasformazione.

## **B) Il metodo comparativo unitario secondo Costantinesco**

In generale il *metodo comparativo* (v. *amplius* Cap. 2) per COSTANTINESCO presenta numerosi *momenti di criticità ed empiricità* prevalentemente basati su *congetture individuali* che non possono tracciare un *itinerario di ricerca univoco e generalizzato*, né tantomeno costituire un *metodo definitivo* di analisi.

Come evidenziato dall'Autore, permane in dottrina una *fondamentale incertezza* sull'**autonomia** di tale *disciplina* che spesso è ridotta (ma non può non esserlo) a

una mera *rassegna espositiva* su termini di comparazione che, in definitiva, sono più da considerare come «*variabili*» che come «*costanti*».

Per Costantinesco, dunque, l'«**informazione comparativa**» serve principalmente a mettere in luce **potenziali squarci** (o *finestre*) sui sistemi stranieri per trarre spunti migliorativi del «sistema nazionale», anche se tale attività non esclude, per la delicatezza e la complessità della materia, che si possa arrivare — come di fatto in alcuni casi si assiste — a *conclusioni deformanti e aberranti*.

Altro importante problema per Costantinesco è quello della ricerca dell'**unicità del metodo comparativo**, sulla quale la dottrina è discorde in relazione soprattutto alle **diverse fasi** in cui si sviluppa la comparazione che, comunque, in un momento iniziale si presenta sempre di **tipo analitico** e porta a conclusioni di tipo **sintetico**.

In particolare, il **metodo comparativo** che interessa sia gli *ordinamenti* nel loro aspetto generale sia i *singoli* istituti nella loro *singolarità* di disciplina, segue le **seguenti fasi**:

- 1) **conoscenza dei termini da comparare**, isolandoli e studiandone l'*oggetto*, le *fonti* e l'*interpretazione* partendo dal paese di origine con l'ausilio di una approfondita conoscenza linguistica e nel rispetto della *gerarchia delle fonti* (vedi *infra* cap. 4);
- 2) **comprensione del termine da comparare** nella sua attualità e nel suo *background* storico culturale tenendo presente l'*interferenza* degli altri istituti dello stesso ordinamento e l'*influenza* potenziale degli stessi, nonché l'*impatto* di eventuali fattori *metagiuridici* (es.: religione, consuetudini, etc.), e la pressione delle **fonti sociali e politiche** del *diritto positivo*, soprattutto nei rapporti tra il **dato** (la norma scritta) e il **costruito** (le prassi evolutive);
- 3) la **comparazione vera e propria** delle relazioni sussistenti tra i diversi modelli di riferimento:
  - *identificando le relazioni* tra i termini da comparare (elementi *fungibili*, *fonti*, *risultati*);
  - *precisando la portata di tali relazioni* e il valore delle stesse;
  - *svelando le cause* relative ad esse in relazione a *somiglianza e differenze* e ricorrendo anche ad *excursus storici e diacronici* di natura *storica, politica, economica e sociale*;
- 4) **valutazioni conclusive** che mostrano la potenziale soluzione migliore alla luce dei *pregi e difetti riscontrati* nei diversi modelli *confrontati* tra i diversi ordinamenti presi in considerazione nel loro «divenire».

Analizzate le diverse fasi (*trattate* nel Cap. 2, §§5-7) occorre precisare che tale esposizione è **analitica** nelle precedenti **fasi 1-3** ed è *necessariamente più ampia* e, dunque, **sintetica** nell'**ultima fase (4)** in cui il comparativista è tenuto a *passa-*

re in rassegna le diverse fasi analizzate per estrapolare simiglianze, identità, differenze dei diversi temi di confronto.

Non inficia, per Costantinesco, l'eventuale *trasposizione* di alcune delle fasi o l'anticipazione di eventuali *sintesi o conclusioni provvisorie* al fine di consentire di mettere alcuni punti fermi ai fini della ricerca comparativistica.

L'ideale **aspirazione e obiettivo finale** della comparazione tra «sistemi» è, e resta, la chimera dell'**unificazione giuridica** di tutti i sistemi, risultato difficilmente raggiungibile per il contrasto tra l'astratto idealismo degli **studiosi** e i contingenti fini dei «**politici**».

### C) Prime conclusioni: il diritto uniforme

L'ideale dell'*unificazione* di tutti i sistemi giuridici costituisce un processo possibile a livello di comunità nazionali, mentre ha un *fondamento più complesso* per le comunità *sovranazionali* (es.: Unione europea) e solo illusorio per il raggiungimento di un **diritto uniforme** a livello **internazionale** per il **difficile equilibrio** tra le diverse esigenze degli Stati anche alla luce della crescente perdita di potere delle *Nazioni Unite* sia nei confronti delle «*super potenze*» (vedi intervento USA in Iraq) che dello sfuggente potere della «**globalizzazione**» che non obbedisce a nessuna regola «etica».

Alla luce di quanto detto appaiono velleitarie la costruzione di una **teoria generale del diritto su base comparativa**, nonché l'aspirazione a un **linguaggio giuridico universale** soprattutto a livello giuspubblicistico.

È più probabile e possibile nel campo del diritto interno un crescente sviluppo del **diritto uniforme** (ZWEIGERT), purché legato a momenti di vita degli individui, alla luce delle *comuni esigenze* delle singole persone di fronte alla società e per i comuni *bisogni sociali* cui tendono gli essere umani a prescindere dal potere statale o sovranazionale che li governa.

Conferma di tale impostazione è l'*applicazione consolidata* del **momento comparativo** nel campo del diritto **internazionale privato** che, per la **parvità di interessi in gioco** (riferito cioè a singole fattispecie) è riuscita più facilmente a raggiungere una *dimensione transnazionale* prevalentemente di «*jus singulare*» rispetto alla tradizionale via dello «*jus commune*».

### D) Le conseguenze dell'impatto del diritto dell'Unione europea

Un interessante «*palestra*» mirata al conseguimento del «diritto uniforme» è stato il processo *evolutivo-involutivo* che ha riguardato la *Comunità Europea* e, successivamente l'**Unione europea** che, per Costantinesco, ha portato a:

- l'elaborazione di un **diritto secondario comune** che utilizzando nuovi strumenti giuridici (*regolamenti, direttive, decisioni* etc.) ha inciso sui singoli di-

**ritti nazionali** prevalentemente per fini *economici e mercantilistici* espropriando, così, alcuni importanti politiche di **importanza strategica** per i singoli Paesi (*monetaria, commerciale, di intervento e partecipazione sull'economia*) e sintetizzati nei principi della diverse «*Costituzioni economiche*» (es.: art. 41 e ss. della nostra Costituzione);

- l'affermarsi dello spirito e della lettera dei **Trattati europei** che, malgrado oggi siano stati **modificati in radice**, non mostrano un'*anima ben definita*, né tantomeno un apprezzabile ed effettivo **fondamento solidaristico** tra i popoli dell'Unione;
- l'**imposizione di intangibili principi dell'Unione** (costantemente richiamati nei documenti e Trattati europei), che conferma la indiscutibile **supremazia «europea»** la cui più recente conseguenza in Italia è stata la modifica dell'art. 81 Cost. in materia di «*pareggio di bilancio*».

### 3. Funzioni, oggetto e fonti dei sistemi giuridici comparati

#### A) Le funzioni

In merito alle **finalità** del diritto comparato, **due** sono in dottrina gli orientamenti prevalenti:

- *alcuni* ritengono che l'obiettivo primario si limiti alla mera **conoscenza dei sistemi giuridici stranieri**, senza svolgere alcuna valutazione sul merito degli stessi;
- un'*altra parte di autori*, invece, individua nella *conoscenza un passaggio* volto a **identificare tra i vari modelli esaminati il sistema ritenuto ottimale**, per evidenziare le modalità applicative di *istituti, principi e procedimenti* con il fine ultimo di costruire un **diritto comune di tutte le genti** espungendo da ciascun ordinamento le parti migliori.

A ciò può, inoltre, aggiungersi che **lo studio del diritto comparato consente di:**

- **verificare la fondatezza dei risultati raggiunti in un singolo ordinamento** (es.: quanto incide la *pena di morte* come deterrente alla commissione di determinati reati);
- **approfondire la conoscenza degli istituti vigenti** nel proprio ordinamento confrontandoli con istituti analoghi di altri sistemi giuridici;
- effettuare una **interpretazione sistematica** del diritto, intesa come capacità di interpretare fonti normative attraverso un confronto con la disciplina di altri ordinamenti. Si tratta di una funzione che coinvolge soprattutto l'*attività giurisprudenziale*;
- **predisporre con più consapevolezza i testi legislativi**. Quando uno Stato intende avviare una riforma di un particolare istituto, oppure introdurre un nuo-

vo, la fase della *proposta legislativa* è generalmente preceduta da una relazione di esperti che tiene anche conto delle esperienze maturate negli altri ordinamenti.

In Italia si pensi, ad esempio, all'introduzione del **difensore civico**, che si richiama alle esperienze scandinave, all'istituzione delle **autorità indipendenti**, per le quali non poteva mancare un riferimento alla realtà statunitense, e alla disciplina del **conflitto di interessi**, che presuppone l'analisi delle soluzioni e dei risultati raggiunti in quegli Stati in cui si è presentato il medesimo problema;

- contribuire all'**unificazione giuridica dei sistemi giuridici mondiali**, intesa come volontà comune di procedere alla *eliminazione* (o quantomeno alla *riduzione*) *delle differenze normative esistenti tra diversi ordinamenti*, per giungere ad una futura disciplina comune (*armonizzazione*).

Le **fasi** (esaminate dettagliatamente nel Cap. 2) che generalmente accompagnano tale processo consistono:

- a) nell'**individuare i settori o gli ordinamenti** tra i quali è possibile prevedere una futura «unificazione»;
- b) nell'**elaborare il diritto uniforme**, attraverso la sostanziale riproduzione nel proprio ordinamento di uno o più elementi già presenti in altri (siano essi singole *norme* o interi *istituti*);
- c) nel **recepire** le norme uniformi negli ordinamenti interni.

## B) L'oggetto dei sistemi comparati

Da quanto detto si evince che **oggetto** della comparazione sono gli **ordinamenti giuridici**, sebbene con due precisazioni:

- deve ammettersi la **possibilità** di procedere a una comparazione anche tra **ordinamenti non statali**. Ciò risulta di particolare importanza nei sistemi che risentono dell'*influenza religiosa*, ove è necessaria un'*analisi parallela di elementi giuridici ed elementi religiosi/metagiuridici*;
- l'**indagine** deve essere «**sincronica**», ossia prendere in esame solo il **diritto positivo** (inteso come diritto **effettivamente vigente** nell'ordinamento). Gli istituti non più in vigore rientrano nel novero delle *discipline «storiche»* e sono oggetto solo di *comparazione storica (diacronica)*.

I sistemi giuridici, infine, vanno comparati tenendo conto, oltre che delle **fonti del diritto scritte e codificate**, anche di **consuetudini, prassi, giurisprudenza** etc. (basti pensare alla rilevanza che *le fonti non scritte* assumono negli ordinamenti anglosassoni).



## C) Premesse metodologiche

Secondo COSTANTINESCO, l'attività comparativistica necessita preliminarmente di alcuni chiarimenti fondamentali:

- i **principi generali del diritto generalmente riconosciuti** (dalle nazioni civili) sono la principale chiave di lettura comparativista per l'*astrazione* e che (così come recita l'art. 38 della Corte Internazionale di Giustizia) rappresentano una **fonte ermeneutica primaria** per i *tribunali internazionali* e per le *organizzazioni internazionali e sovranazionali*;
- il **common core** (pensiero univoco che lega i *principi comuni a più ordinamenti*) che spesso consiste nel riflesso più generale di **diritti e libertà** considerate universalmente *inviolabili* (es.: *libertà di voto* come riflesso della libertà di pensiero);
- le **leggi di evoluzione del diritto** che scaturiscono come conseguenza di leggi fondanti e che anticipano i percorsi che la corretta evoluzione giuridica di un sistema non può ignorare;
- la **sistematica sovranazionale** che spesso irrompe e travolge le *regole «classiche»* delle fonti nazionali (es.: la diretta applicabilità dei *regolamenti europei* nei singoli Stati membri);
- l'**aspirazione universalistica al ravvicinamento dei popoli** in linea con i *principi di pace, cooperazione e sicurezza internazionale*. Compito attribuito istituzionalmente dalle N.U. all'*UNESCO* che ha, in prima battuta, l'incarico di favorire incontri, dibattiti e congressi per promuovere una più diffusa conoscenza degli «*ordinamenti*» degli «*altri paesi*» tra studiosi di diverse nazionalità.

## D) L'influenza dell'ideologia dominante

Nello studio dei sistemi giuridici notevole importanza assume l'**ideologia dominante** (COSTANTINESCO).

La pace di Westfalia (1648) segna il tramonto definitivo di una visione cristiana della società universale e «trascendente» che aveva caratterizzato il Medioevo — dominato dalla presenza e contrasto tra i «*due soli*» danteschi, *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 mette in primo piano l'*uomo* e la *società civile* depurandoli da condizionamenti e influenze religiose;
- **programmatico**, che mira a creare un progetto *laico* di *ordine politico* per migliorare la convivenza e la vita sociale;
- **globale**, che coinvolga i più ampi strati di ciascuna società politica;
- **volitivo**, che indica, oltre ai *fini*, anche i *mezzi* con cui i sostenitori dell'ideologia realizzano l'effettivo mutamento.

Venuta meno in occidente la «centralità» e la *superiorità* etico religiosa del Papato, a seguito del crescente movimento di laicizzazione delle relazioni umane, le successive ideologie affermatesi negli ordinamenti statali europei, sono state quelle *totalitaria* e quella *libertaria*: la prima basata prevalentemente sull'esaltazione dell'*imperium*, la seconda anche sul *consensus civium*.

Alla fine del '700, grazie all'affermazione della categoria dei diritti «**naturali, inviolabili e insopprimibili**» dell'uomo, il *consensus populi* ha rappresentato un passaggio obbligato per la crescita democratica dei popoli e per la conservazione del potere.

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** (2) 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, acquisendone il voto, 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 consapevoli che le leve «liberali» dell'**economia** (e della libera iniziativa privata) sono destinate a prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza creando, comunque, due classi: una «*subordinata*» e una «*di potere*».

Oggi 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*.

## 4. Macrocomparazione e microcomparazione

### A) Generalità

Nello studio del diritto comparato la prima grande distinzione riguarda la differenza tra:

- **macrocomparazione**, nell'ipotesi in cui l'esame è compiuto ponendo a confronto i **sistemi** considerati **nella loro interezza**. È il caso, ad esempio, della comparazione tra gli ordinamenti di tutti gli Stati di *common law*.

(2) Si ricordi che anteriormente al fenomeno «*videocratico*», stampa e radio hanno svolto analoghe (ma meno incisive) funzioni.

Poiché una comparazione tra tutti gli ordinamenti vigenti risulta il più delle volte *difficile* e dai *risultati generici* (in particolare laddove si prendano in considerazione ordinamenti molto diversi fra loro), nell'ambito degli studi comparativistici si tende a raggruppare gli stessi in **famiglie omogenee**, che presentano, cioè, caratteristiche comuni cui tutti sembrano ispirarsi (anche se poi ciascuno si differenzia nella disciplina di singoli istituti);

- **microcomparazione**, quando l'esame si fonda sul raffronto tra **singoli istituti** (es.: *divorzio, aborto, pena di morte*) così come disciplinati nei diversi ordinamenti.

La *macrocomparazione* (la disciplina che ha per obiettivo la comparazione tra i diversi ordinamenti o più precisamente tra le *diverse famiglie* di ordinamenti) costituisce l'oggetto della scienza dei **sistemi giuridici comparati**, che a sua volta si ripartisce in *diritto pubblico comparato*, *diritto privato comparato*, a seconda dell'indagine più particolareggiata che essa intende approfondire.

Soffermandosi inizialmente alla macrocomparazione nel settore del **diritto pubblico** gli studi comparativistici compiuti sino ad oggi hanno riguardato principalmente:

- le **forme di Stato e di governo**, analizzate (anche ricorrendo all'ausilio della *storia delle istituzioni*) a partire dal *sistema britannico* (v. Parte Seconda) e dalle regole fondamentali del *parlamentarismo* (separazione dei poteri, rappresentatività, libertà di voto, rapporti parlamento-governo, ruolo del Capo dello Stato, sistemi elettorali etc.);
- la disciplina e l'**attività dei singoli organi sovrani** in relazione alla loro effettiva autonomia e indipendenza, nonché ad altri fattori presenti nell'ordinamento (poteri delle minoranze, spazio concesso alle cd. «*autorità indipendenti*», confronto tra monocameralismo e bicameralismo etc.);
- i **rapporti tra Stato e individui** (siano essi cittadini, stranieri, rifugiati, clandestini, apolidi) in materia di *diritti umani*, attività della pubblica amministrazione, sistemi processuali etc.;
- i **rapporti fra Stato e altre forme di autonomia locale** (regionalismo, federalismo etc.).

Il ricorso alla dottrina delle *forme di Stato e di governo*, in particolare, ha consentito di delineare alcune *classi generali* (*monarchia, oligarchia, repubblica*), nonché la *comunanza/divergenza* dei differenti valori primari perseguiti da ogni ordinamento (*Stato democratico, autoritario, totalitario*) in ciascuno dei quali possono distinguersi delle *sottoclassi* (*governo presidenziale, semipresidenziale* etc.).

Come nota DE VERGOTTINI la *macrocomparazione*, tipica della disciplina dei *sistemi giuridici comparati*, comporta un *maggior grado di genericità e approssimazione* rispetto alla *micro* a causa del precipuo campo d'azione e della oggettiva com-

pllessità degli ordinamento giuridici: di regola la metodica di indagine prevede che da un'analisi a più ampio raggio di due ordinamenti si passa alla microcomparazione (ad esempio: dal diritto privato alle singole norme sulla famiglia, dal diritto pubblico all'amministrazione della giustizia etc.).

## B) Le posizioni della dottrina: la mesocomparazione

Non vi è un'opinione condivisa in dottrina sul significato da attribuire ai termini «**microcomparazione**» e «**macrocomparazione**».

Per DAVID, la *microcomparazione* parte dal confronto fra ordinamenti riconducibili alla *stessa famiglia giuridica*, mentre nella *macrocomparazione* tale confronto si riferisce ad *ordinamenti di famiglie differenti*.

CONSTANTINESCO, invece, riprendendo la definizione che dei termini «microcomparazione» e «macrocomparazione» data nel paragrafo precedente, intende:

- la prima come «*raffronto comparativo di norme o istituti giuridici di diversi ordinamenti*», a prescindere dalla considerazione che essi appartengano al medesimo sistema giuridico o meno;
- la seconda come operazione che «*riflette le strutture fondamentali e gli istituti propri di ciascun ordinamento giuridico*».

Seguendo tale ultima impostazione, pertanto, nella disciplina dei sistemi giuridici comparati **lo studio condotto a livello «micro» riguarda le particelle giuridiche elementari, mentre quello a livello «macro» attiene agli ordinamenti considerati nella loro interezza e alle loro grandi strutture.**

A tali forme di comparazione SCHROEDER propone di aggiungerne una terza, da COSTANTINESCO definita «**mesocomparazione**», che opera il **raffronto tra interesse branche del diritto** e tra i loro istituti più importanti.

Studi in questo senso sono stati condotti soprattutto nell'ambito del diritto privato, ma la loro validità scientifica viene messa in discussione da CONSTANTINESCO, secondo il quale la classificazione dei diversi rami del diritto operata dalla scienza giuridica occidentale *non* avrebbe valore *universale*: si pensi, ad esempio, al **diritto islamico**, in cui non esiste una suddivisione sistematica per materie, per cui accanto a norme procedurali si possono trovare norme di diritto privato frammentate a norme fiscali, penali, di diritto bellico etc. così come accade nel *Corano*.

## 5. Rapporti con altre discipline

Lo studio dei sistemi comparati deve tenere nel giusto conto la **storia del diritto**, che studia un sistema giuridico nella sua evoluzione temporale, ma differisce da esso per il fatto di concentrare la propria attenzione anche sul **fattore spazio**, cioè, sugli

*ordinamenti effettivamente vigenti* in un dato momento storico (anche se non sono esclusi riferimenti ad ordinamenti del passato: *es. diritto romano e diritto germanico*).

A tal proposito è utile ricordare in relazione all'evoluzione storica del diritto, *due differenti modalità di comparazione*:

- **orizzontale**, cioè **sincronica**, quando sono messi a confronto in uno *stesso momento* storico gli *ordinamenti vicini nel tempo*, ma lontani nello spazio (es. ordinamenti di *civil law* e *common law*);
- **verticale**, vale a dire **diacronica**, se gli *ordinamenti* confrontati sono *lontani nel tempo* (es. diritto romano e diritto vigente).

Analogo discorso può essere fatto in merito ai rapporti tra il diritto comparato e la **teoria generale del diritto**: pur essendovi molti elementi in comune, quest'ultima studia gli *aspetti generali* del diritto, da cui discendono caratteristiche che consentono di rendere più agevole la comprensione delle norme. Essa, in particolare, definisce i *concetti* e gli *istituti più rilevanti*, come quelli di *norma giuridica*, *ordinamento giuridico*, *validità*, *fonte del diritto*, *legge*, *diritto soggettivo*.

Lo studio dei sistemi comparati, infine, va anche esaminato in relazione ai principi del:

- **diritto internazionale pubblico**: l'analisi comparatistica induce uno Stato a conoscere l'*ordinamento* di un altro al fine di individuare quali degli istituti in esso vigente possano essere presi ad esempio. Ciò produce un effetto di *armonizzazione* (lento, ma costante) e, come suo corollario, uno sviluppo delle relazioni e dei rapporti di collaborazione a livello inter-statale;
- **diritto internazionale privato**: obiettivo di tale disciplina è, tra gli altri, quello di individuare le *norme di conflitto* che possono portare a soluzioni giudiziarie imprevedibili o a decisioni incompatibili nei confronti dei rapporti interpersonali che presentino elementi di estraneità (es.: rapporto tra un cittadino e uno straniero). Essa, dunque, può avvalersi dello studio comparativo soprattutto in relazione alle leggi e alle sentenze emanate in uno dei Paesi di appartenenza di una delle parti di un rapporto.

## 6. L'influsso dell'etnologia, della filosofia e la ricerca del «diritto giusto»

Fino alla *seconda metà dell'Ottocento* la «comparazione» rientrava nell'ambito della **storia del diritto**, ma a partire da quel momento la storia del diritto e la comparazione hanno ampliato il proprio specifico campo d'indagine, dando nuovo spazio anche alla **filosofia del diritto**.

Grazie al contributo della *filologia*, della *linguistica comparata* e dell'**etnologia**, la *storia del diritto* comincia a interessarsi, oltre che del diritto romano e germanico, anche del diritto indogermanico, ebraico, egiziano, sumero e assiro-babilonese.

«Il merito della *comparazione* e dell'*etnologia giuridica* è oltrepassare i limiti preesistenti e realizzare una vera sintesi, includendo nel campo della ricerca anche i diritti dei popoli primitivi, barbari o non civilizzati [...]. Però, per poter ripercorrere la linea di **progresso storico del diritto** e, quindi, le leggi di evoluzione giuridica [...] occorre conoscere i modelli di tutti i popoli, di tutti i tempi e di tutti i luoghi, senza distinguere sotto i profili storico ed etnologico. A tal proposito bisogna dapprima raccogliere il materiale necessario di qualsiasi provenienza. Soltanto includendo l'*etnologia giuridica* la **storia del diritto** può diventare universale» (COSTANTINESCO).

Al fine di ottenere una **conoscenza storica universale**, occorre, dunque, un mutamento di prospettiva in cui la **storia** dei popoli civilizzati e la **etnologia giuridica** dei popoli non civilizzati confluiscono (*vedi amplius* Cap. 5, § 4).

Il merito di questo cambiamento nel metodo di indagine spetta al giurista tedesco **Kohler** che, partendo dalla convinzione che il diritto è l'espressione della civilizzazione di un popolo, ricorse nei suoi studi di *filosofia del diritto* all'**analisi comparativa** tra i diritti moderni, antichi ed etnologici, al fine di elaborare una **storia universale del diritto**.

Tuttavia, Kohler non fu in grado di individuare, attraverso l'uso del metodo comparativo, *valori giuridici universali per la storia del diritto*, dal momento che dedurre dal diritto del passato le linee di sviluppo del diritto futuro non significa scoprire il **diritto giusto** (*richtiges Recht*). Così, affermando che il «*diritto giusto*» è quello che risponde alle esigenze culturali di un determinato momento storico, Kohler finì (come von Liszt) per abbandonare le aspirazioni a costruire il fondamento di una *storia universale* del diritto e ad ancorare il diritto «giusto» al singolo contesto sociale.

Contemporaneamente, gli esponenti della corrente neokantiana, tra cui **Rudolf Stammler**, negarono la possibilità di conoscere il «*diritto giusto*» attraverso il diritto comparato, attribuendo tale prerogativa alla mera *deduzione logica pura*, strumento di analisi tipico della *filosofia del diritto*.

## 7. Comparabilità (parziale o globale) dei sistemi

In un recente passato in Occidente era invalsa la tendenza a comparare i soli sistemi appartenenti alla *stessa civiltà giuridica*, caratterizzati da un analogo stadio di sviluppo nonché da istituzioni politiche e socio-economiche derivanti da matrici comuni (es.: *civil law* e *common law*) che, come tali, presentano numerose affinità e similitudini; malgrado ciò, spesso la comparazione tra sistemi ha portato a

conclusioni parziali e insufficienti, non in grado di cogliere la corretta equivalenza dei problemi giuridici nei diversi diritti.

### A) La posizione dei giuristi dei paesi socialisti

Anche i **giuristi socialisti** (PETERI, KNAPP, BLAGOJEVIC, SZABO) hanno a lungo *limitato* il campo della comparazione, circoscrivendolo essenzialmente ai **confini di uno stesso modello**. L'impossibilità di comparare correttamente, ad esempio, *ordinamenti socialisti* e *ordinamenti occidentali* era dovuta ad alcune ragioni di fondo:

- il diritto socialista rappresentava un *modello nuovo*, concettualmente diverso e frutto di elementi determinanti radicalmente differenti, che rendevano irrilevanti le eventuali somiglianze con gli altri ordinamenti;
- la presenza di *differenze ideologiche* insanabili, poiché il diritto socialista non poteva esistere al di fuori o contro la dottrina ufficiale, mentre i sistemi occidentali costituivano modelli a rapporto «variabile» con la politica;
- gli ordinamenti socialisti erano fondati su *presupposti socio-economici* totalmente diversi da quelli del mondo capitalista;
- il modello occidentale, secondo i giuristi socialisti, apparteneva ad uno *stadio evolutivo inferiore*, in quanto espressione dello sfruttamento economico di una classe sulle altre, e destinato ad essere sostituito da quella forma sublimata di ordinamento rappresentata dal «comunismo» inteso come *libertà collettiva dai bisogni*.

A partire dagli anni Sessanta, tuttavia, anche i giuristi dell'Est europeo (BLAGOJEVIC, KNAPP, JODLOWSKI) hanno iniziato a *riconoscere valore alla comparazione* tra ordinamenti «socialisti» e «borghesi», pur tenendo conto delle differenze sostanziali che li distinguevano e con la direttiva di non valorizzare oltremodo somiglianze soltanto formali.

### B) La «comparazione globale»: presupposti e limiti

Oggi prevale la tesi sul **tentativo globale di comparare**, sia a livello micro che macro, **tutti i sistemi diversi**, per cui la scelta di quali tra essi prendere in esame varia solo in **funzione dello scopo particolare che intende perseguire il comparativista**. Si può pertanto concludere, anche alla luce delle pregresse esperienze, che **ordinamenti appartenenti a modelli diversi possono**, con le necessarie cautele, **sempre e comunque essere messi a confronto**: le differenze *ideologiche, politiche, sociali* ed economiche non costituiscono ostacoli *insormontabili* alla comparazione, purché si riconosca che essi influenzano non solo le *strutture*, ma anche le *particelle giuridiche* più elementari.

Ciò premesso, nel corso di uno studio comparato occorre anzitutto una apposita **conoscenza linguistica e semantica** dell'ordinamento straniero preso in esame (v. *ante* §2, lett. A). La *traduzione* di lemmi, infatti, non deve mai essere meramente letterale, bensì *essenzialmente giuridica*, ed assicurare non tanto la trasposizione di termini linguistici corrispondenti, ma soprattutto l'individuazione di definizioni e nozioni equivalenti nei diversi sistemi che si comparano.

Per accedere alle *fonti originali*, inoltre, lo studioso non può fare esclusivo affidamento sulle conoscenze linguistiche, in quanto è indispensabile *comprendere la peculiare nomenclatura giuridica*, immedesimandosi nella persona giurista del sistema che si vuole analizzare.

Altra regola metodologica consiste nel prendere in considerazione la **totalità delle fonti** presenti nell'ordinamento dato; occorre, di conseguenza, affiancare all'esame dei **testi normativi** l'esame della **giurisprudenza**, della **dottrina** e della **prassi**.

Anche le **fonti**, intese come *costruzione normativa globale*, sono relative alle singole esperienze giuridiche e mostrano variazioni considerevoli quando si passa all'esame di sistemi differenti. Basti pensare alla centralità delle **fonti scritte** negli ordinamenti di **civil law**, diametralmente opposta alla matrice marcatamente **giurisprudenziale** degli ordinamenti anglosassoni, ossia di *common law*.

Alla luce delle pregresse esperienze, si può concludere che **ordinamenti appartenenti a modelli diversi possono essere comunque sempre messi a confronto**.

## Questionario

1. **Quando** si è presa coscienza dell'**importanza** della **comparazione**? (par. 1, lett. A)
2. In **quali casi** la **scienza comparativistica** può considerarsi scienza «autonoma»? (par. 1, lett. B)
3. **Controllo politico** e **scienza comparativistica** (par. 1, lett. B)
4. È sufficiente la sola **conoscenza del fenomeno giuridico** per una **corretta analisi comparativistica**? (par. 2, lett. A)
5. **Fase analitica** e **fase sintetica** dell'analisi comparativistica (par. 2, lett. B)
6. Concetto di «**diritto uniforme**» (par. 2, lett. C)
7. **Comparazione**, **Unione europea** e **diritto secondario** (par. 2, lett. D)
8. **Finalità** dello studio dei **sistemi comparati** (par. 3, lett. A)
9. **Oggetto** del **diritto comparato** (par. 3, lett. B)
10. Influssi delle **ideologie dominanti** sulla comparazione (par. 3, lett. D)
11. Differenza tra **micro**, **macro** e **mesocomparazione** (par. 4)
12. Comparazione e ricerca del «**diritto giusto**» (par. 6)
13. Rapporti tra **comparazione parziale** e **globale** (par. 7)