
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO PRIMO

INSEGNAMENTO, OGGETTO E FUNZIONI DEL DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1.1. Quale ruolo occupa l'insegnamento del diritto comparato e della sua metodologia nei corsi universitari? – 1.2. Perché è importante conoscere la metodologia comparativa? – 1.3. Come si può definire il diritto comparato? – 1.4. Che cosa si intende per comparazione giuridica? – 1.5. Perché comparare? – 1.6. Possiamo classificare le funzioni della comparazione giuridica? – 1.6.1. Quali sono le funzioni teoriche? – 1.6.2. Quali sono le funzioni pratiche? – 1.6.3. Ci sono altre funzioni della comparazione? – 1.7. Che cosa si compara? – 1.8. Percezione e oggetti da comparare. – 1.8.1. Asimmetria e percezione. – 1.8.2. I giudici e la percezione. – 1.9. La conoscenza delle lingue e la comparazione giuridica? – 1.10. Le traduzioni. – 1.11. La letteratura è utile alla comparazione giuridica?

ABSTRACT: *Teaching Comparative Law: Object and Aims.* This Chapter will discuss how knowledge of comparative methodology is essential to understanding complex legal problems. We answer a few basic comparative questions. What is the object of legal comparison? Why do we compare? What are the aims of comparison? Can perception and images help students better understand the objects of comparison? We propose some classical 'reversible' figures (*e.g.*, Jastrow's duck-rabbit) as we believe that perception involves comparison. Another interesting problem that arises from the comparison is the issue of language. A brilliant comparatist should master several languages. From this point of view, as Alan Watson noted, 'too frequently linguistic deficiencies interpose a formidable barrier between the scholar and his subject'. Finally, this Chapter analyses the problems related to legal translation. We try to explain why translating is not a simple act. At the end of the Chapter, we need to ask whether the literature can help facilitate a legal comparison.

1.1. *Quale ruolo occupa l'insegnamento del diritto comparato e della sua metodologia nei corsi universitari?*

La principale tesi di questo libro è che la conoscenza delle basi del diritto comparato e della sua metodologia sia necessaria allo studio dei problemi complessi e il suo insegnamento nelle aule universitarie ne costituisca un presupposto indefettibile, come avviene dalla metà del secolo scorso, in cui il diritto comparato si è evoluto come ambito di

conoscenza per merito di una letteratura sempre più diversificata ⁽¹⁾. In ogni caso, l'insegnamento ha da sempre rappresentato un presupposto latente del diritto comparato e della metodologia comparativa. Da questa prospettiva, se nell'ambito delle diverse aree giuridiche, come, ad esempio, il diritto privato o il diritto pubblico, l'insegnamento è stato supportato da manuali rinnovati nel tempo – veri e propri catechismi d'autorità per l'apprendimento delle basi della disciplina – non è stato così con la metodologia, fino al superamento del classico dualismo “metodo-scienza”. Ai fini della presente ricerca, può essere utile chiedersi quale ruolo occupi oggi la metodologia nei corsi di diritto comparato e che cosa di essa sia oggetto di studio.

Sin dal Congresso di Parigi del 1900, si era affermata l'esigenza che a questa disciplina fosse attribuito uno spazio significativo nel quadro delle materie di insegnamento universitario – e, in particolar modo, per il diritto privato e amministrativo – sulla base del convincimento, radicato negli scritti dei primi comparatisti, che una vera cultura giuridica non possa essere fondata su un solo diritto ⁽²⁾. In quest'epoca, in cui si faceva strada una disciplina accademica nuova, definita da un paradigma di “scienza”, il metodo comparativo sembrava essere l'unico modo in cui le discipline che non potevano ricavare la prova della causalità dalle proprie analisi fossero in grado di produrre risultati scientifici affidabili. La distinzione fra diritto comparato e metodo comparativo venne fatta per la prima volta nel Congresso parigino, senza, tuttavia, che vi fosse unità sul concetto di metodo e sulla pretesa scientificità della stessa disciplina. Come ha osservato Dedek, la fortuna del diritto comparato – come la sua vocazione colonialista – è stata alimentata proprio dagli studi sul metodo ⁽³⁾.

L'espressione “diritto comparato” era stata per lungo tempo utilizzata per l'osservazione del diritto straniero e la conoscenza di ordinamenti non noti, come accadeva per la letteratura o l'arte ⁽⁴⁾. Superata la *Belle Époque*, tuttavia, vi era stato per molto tempo un declino del diritto comparato anche nella stessa Francia, dovuto a diversi fattori fra i quali il modo “legocentrico” e “parrocchiale” di insegnare il diritto nelle università ⁽⁵⁾.

(1) Nella vasta bibliografia, v. Demleitner (2019: 320-344); Fauvarque-Casson (2007); Reimann (2002: 671); Winterton (1975: 69-118).

(2) Esmein (1900: 489); Lévy-Ulmann (1925: 16-21); Constantinesco ([1972] 2000: 295).

(3) Dedek (2024: 504).

(4) Rheinstein (1938: 616).

(5) Fauvarque-Cosson (2006: 36).

C'è voluto molto tempo per una svolta nella stessa percezione del diritto comparato fra i comparatisti e due guerre mondiali nel mezzo. A partire dalla pubblicazione nel 1985 del saggio di Gunther Frankenberg, *Critical Comparison: Re-Thinking Comparative Law* ⁽⁶⁾, ha avuto inizio un dialogo "critico" sul ruolo del diritto comparato e sulla centralità della tradizione civilistica francese, in particolar modo negli Stati Uniti (v. § 4.2). Sta di fatto che, nonostante l'atteggiamento critico nei confronti della comparazione, l'impulso del diritto europeo è stato, in proposito, determinante. Se pensiamo, infatti, all'ordinamento dell'Unione, come ai fenomeni di internazionalizzazione del diritto, al pluralismo giuridico oppure al c.d. "diritto globale", apparirà sempre più evidente la necessità di attribuire al diritto comparato uno spazio maggiore negli insegnamenti delle materie giuridiche, che consenta di meglio comprendere non solo il diritto nazionale, ma anche ciò che accade "oltre lo Stato" ⁽⁷⁾ oppure "senza lo stato" ⁽⁸⁾. La ricerca di un *common core* fra le diverse branche in cui il diritto comparato si suddivide, in particolar modo fra il diritto pubblico e il diritto privato, può avere in comune molti oggetti di studio: dai sistemi alle famiglie giuridiche, dalle fonti del diritto al metodo comparativo, dalla storia della comparazione alla circolazione dei modelli, dalla responsabilità alla struttura delle amministrazioni pubbliche, solo per citare alcuni esempi.

La geografia universitaria rappresenta, dunque, in qualche misura, una cartina di tornasole del dialogo fra i giuscomparatisti e i cultori delle diverse branche del diritto che utilizzano un approccio comparativo. Da questo punto di vista, una riflessione preliminare può essere fatta in relazione all'identità che i comparatisti possono rivendicare per la loro materia, se vogliono evitare di trasformarla in un esercizio intellettuale riservato a una cerchia autoreferenziale. Questa rivendicazione è strettamente legata anche alla qualità della formazione e dell'insegnamento, che possono rappresentare la misura dello spazio che si può, e si deve, realisticamente riconoscere al diritto comparato, e rivendicato per i suoi cultori sin dalle aule universitarie ⁽⁹⁾.

Quale ruolo ha, dunque, la metodologia nell'insegnamento del diritto comparato? È opinione di chi scrive che la stessa sia imprescindibile ove si voglia condurre, con esiti positivi, la ricerca, e, al contempo,

⁽⁶⁾ Frankenberg (1985).

⁽⁷⁾ Michaels (2013).

⁽⁸⁾ Cohen-Tanugi (1985).

⁽⁹⁾ Frankenberg (2006: 440); Ault and Glendon (1975: 599).

si gettino le basi per una solida preparazione scientifica all'interno delle aule universitarie. Come, del resto, è stato osservato, «[c]omparative law teaching should provide students with the necessary tools for carrying out comparative law research. What method, if any, should be used in order to carry out comparative research successfully?»⁽¹⁰⁾. Samuel ha, da tempo, messo in evidenza come dalla scarsa attenzione per la metodologia sia derivata anche la mancanza di lavori significativi in questo campo, con la conseguenza, salvo alcune eccezioni, di determinare una insufficiente proiezione della ricerca sul piano ontologico ed epistemologico⁽¹¹⁾.

L'insegnamento del diritto comparato è stato arricchito, in tempi recenti, da timide aperture nei confronti di altre discipline, come è accaduto, a partire dagli anni Settanta, in alcuni Paesi europei e negli Stati Uniti: da *Law and Economics*⁽¹²⁾ a *Law and Literature*⁽¹³⁾, da *Law and Neuroscience*⁽¹⁴⁾ a *Law and Art*⁽¹⁵⁾, da *Law and Gender*⁽¹⁶⁾ a *Law and History*⁽¹⁷⁾, da *Law and Anthropology*⁽¹⁸⁾ a *Law and Politics*⁽¹⁹⁾, soltanto per fare alcuni esempi⁽²⁰⁾. Si tratta di un modo di vedere la realtà con gli occhi curiosi del viaggiatore? O piuttosto è l'apertura di una linea di tendenza cui sempre più studiosi vorrebbero indirizzarsi? Senza dubbio, l'interdisciplinarietà negli studi comparativi ha avuto un significativo sviluppo a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso in alcuni paesi europei, e, come si vedrà nei capitoli successivi, ha contribuito all'evoluzione della metodologia comparativa (v. § 4.6).

Se prendiamo, ad esempio, la comparazione costituzionale non può essere considerata soltanto come una questione esclusivamente giuridica, dovendosi porre attenzione alla «dimensione storica, linguistica e culturale del diritto [...]». La comparazione costituzionale deve essere

⁽¹⁰⁾ Cfr. Steenhoff (2002: 48).

⁽¹¹⁾ Samuel (2004: 35).

⁽¹²⁾ V. *ex multis*, Minda ([1995] 2001: 141-176).

⁽¹³⁾ V. *ex multis*, Ledwon (2015); Pozzo (2010, X); White ([1973] 2010); Posner (2009); Sansone (2001); Minda ([1995] 2001: 247-76); Cardozo (1924-25); Wigmore (1908). V. § 1.9.

⁽¹⁴⁾ Cfr., *ex multis*, Jones et al. (2020); Pardo and Patterson (2013).

⁽¹⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Donati (2012).

⁽¹⁶⁾ Cfr., *ex multis*, Conaghan (2013).

⁽¹⁷⁾ Cfr., *ex multis*, Gordley. (2019); Duve (2014); Graziadei (1999).

⁽¹⁸⁾ Cfr., *ex multis*, Sacco (2007).

⁽¹⁹⁾ Cfr., *ex multis*, Feldman (2015).

⁽²⁰⁾ Sull'intersezione di discipline diverse, la letteratura è molto ampia: v. il numero speciale della Rivista *DPCE* per i primi venticinque anni (2024: 699-1010); Somma e Zeno-Zencovich (eds.) (2021), *Comparazione e diritto positivo: Un dialogo fra saperi*, Roma.

considerata come un processo di natura complessa che rende necessario non solo guardare al diritto costituzionale, ma anche alla conoscenza costituzionale» (21). Come, sul punto, osserva Gunther Frankenberg, «[w]hen comparing constitutions the comparatist is confronted with a specific genre of texts; moreover, constitutional documents bear a close relationship to politics and ethics—closer than most other laws. Therefore, they are permeated by ideas, ideals, and ideology» (22). Annelise Riles, con riferimento all'esperienza didattica nord-americana, mette in evidenza la necessità che lo studio del diritto sia improntato alla collaborazione, piuttosto che a una divisione geografica o di materia (23). In questa prospettiva, il diritto comparato potrebbe, dunque, rappresentare un anello di congiunzione fra le scienze giuridiche e le scienze sociali (24), ma anche con le scienze c.d. “dure”, come, ad esempio, la scienza della vita o le neuroscienze cognitive.

Un corso di base di diritto comparato dovrebbe avere come obiettivo principale quello di dare agli studenti una introduzione al metodo comparativo e al funzionamento di uno o più sistemi giuridici. Ciò consentirebbe, da una parte, di meglio comprendere le dinamiche giuridiche all'interno del proprio ordinamento (25) e, dall'altra, di partecipare a un'avventura intellettuale, in cui uno degli obiettivi è proprio quello di «“deprovincialisation” and “cross-fertilisation” of the minds of law students and teachers and a “meeting of the minds” and easier cooperation between lawyers here and abroad» (26). Ed è anche questo lo spirito con cui questo libro è stato pensato. Nel saggio *Comparative Law and Humanism* del 1958, Hessel E. Yntema (1891-1966) osservava come per la scienza giuridica non si potesse ammettere un “isolamento sciovinista” (27), per il fatto che gli ordinamenti giuridici nazionali non si sono formati o sviluppati in forma isolata (28).

Né tanto meno sarebbe, oggi, ipotizzabile una chiusura nei diversi settori scientifici, alla ricerca di identità, ideologie e modelli propri, classificazioni, ricognizioni debitorie e convenzioni “*ad excludendum*”.

(21) Lachmayer (2014: 28).

(22) Somma (2014: VI).

(23) Riles (2014: 147).

(24) Hault and Glendon (1975: 600).

(25) *Ibid.* (1975: 601); Baker (2009: 6).

(26) Frankenberg (1985: 412).

(27) Yntema (1958: 493).

(28) Husa (2015: 67).

All'interno delle diverse tradizioni della scienza comparatistica – come della scienza in generale – vi sono “rassomiglianze” ⁽²⁹⁾ che si incrociano e coincidono in molti punti. Analogamente, anche per i problemi che il comparatista affronta e gli approcci metodologici che utilizza per risolverli sono visibili assonanze all'interno di una medesima tradizione giuridica.

Come osserva Kuhn, «gli scienziati lavorano sulla base di modelli acquisiti attraverso l'educazione ed attraverso la conseguente assimilazione della letteratura scientifica, spesso senza minimamente conoscere e senza trovarsi nella necessità di conoscere, quali caratteristiche hanno conferito a questi modelli lo *status* di paradigmi della comunità». Per questa ragione non posso condividere l'idea che l'utilizzo di modelli acquisiti dalla scienza comparativa possa essere considerato un fenomeno di parassitismo ⁽³⁰⁾.

La scelta dei metodi da parte del comparatista avviene nella fase iniziale del suo percorso di ricerca, definendo la/*le research question/s* e le strade per giungere alla comparazione e alla eventuale proposta di applicazione dei risultati da lui raggiunti. Si potrebbero citare diverse pubblicazioni scientifiche, nel campo del diritto pubblico, che fanno ricorso a una pluralità di metodi, ad esempio, nel campo della giustizia costituzionale, dove la metodologia della ricerca utilizzata per analizzare l'uso del precedente di diritto straniero dai giudici costituzionali comprende sia approcci qualitativi che quantitativi. Del resto, la stessa teoria dei “formanti”, elaborata da Rodolfo Sacco, nonostante alcuni richiami della dottrina giuspubblicistica agli inizi degli anni Novanta ⁽³¹⁾, è ancora troppo poco conosciuta, come anche l'approccio strutturale nella comparazione giuridica o altre teorie che sono derivate dal suo apporto alla metodologia comparativa.

In questa fase non vi possono essere preclusioni, giacché scelte metodologiche sbagliate portano a conclusioni comparative analogamente sbagliate e fuorvianti. La tesi del pluralismo metodologico che in questo libro si sostiene (v. § 4.7) interagisce positivamente con tutte le partizioni del diritto che si sviluppano attraverso la comparazione. Per il *diritto costituzionale*, osserva Vicki Jackson che le metodologie variano esattamente come avviene in generale per il diritto comparato e

⁽²⁹⁾ Wittgenstein ([1953] 1999: 31).

⁽³⁰⁾ Pegoraro (2013: 325 ss.).

⁽³¹⁾ Scarciglia (2006: 56); Ponthoreau (2010: 122).

che differenti opzioni metodologiche possono essere utilizzate in relazione alle finalità dell'analisi e, in particolar modo, il funzionalismo (v. § 3.2.3) ⁽³²⁾.

L'apertura alla conoscenza dell'altro e l'individuazione di intersezioni fra ordinamenti e tradizioni giuridiche rappresentano una precondizione per l'attività del comparatista, che, tuttavia, non si traduce automaticamente in una attività di comparazione ⁽³³⁾, senza che vi sia distanza fra chi studia e l'oggetto del suo studio. Come osserva Frankenberg, «distancing can be described as an attempt to break away from firmly held beliefs and settled knowledge and as an attempt to resist the power of prejudice and ignorance» ⁽³⁴⁾. Qualunque attività di comparazione, che cerca di indagare la cultura e la mentalità dell'altro avrebbe, quindi, per sua natura una vocazione interdisciplinare ⁽³⁵⁾. Questa interdisciplinarietà, che è, in qualche misura, legata all'analisi critica del diritto non implica, tuttavia, sostituzione dei metodi utilizzati nell'approccio comparativo sino al ventesimo secolo, quanto piuttosto la loro integrazione con nuovi approcci e il confronto all'interno e all'esterno della disciplina. Da più parti, è stato segnalato come il diritto faccia parte, come altre scienze, della cultura umana e che non vi siano ragioni sufficienti ad escludere che un campo di studio diverso da quello giuridico possa contribuire a far luce su analogie e differenze fra sistemi giuridici, come anche a risolvere un determinato problema in un momento storico definito ⁽³⁶⁾.

La costruzione con figure geometriche di questo assunto – penso al *Kite Model* di Werner Menski ⁽³⁷⁾ e alla riduzione grafica delle famiglie giuridiche di Mattei e Monateri ⁽³⁸⁾ – o anche attraverso solidi ⁽³⁹⁾ che mettono in evidenza, da una parte, una dimensione più grande in cui il comparatista opera, e, dall'altra, la capacità di confrontarsi con i fattori, tanto positivi quanto negativi, sia visibili che invisibili, che determinano tanto analogie e differenze, come anche soluzioni di un problema giuridico, analizzato sempre più in profondità. È anche questo uno dei

⁽³²⁾ Jackson (2012: 54).

⁽³³⁾ De Vergottini (2014: 6).

⁽³⁴⁾ Frankenberg (1985: 412).

⁽³⁵⁾ Samuel (2004: 37; 2012: 190); Glendon, Carozza and Picker (2008: 11).

⁽³⁶⁾ Reitz (1998: 627); Siems (2014: 8).

⁽³⁷⁾ Menski (2014).

⁽³⁸⁾ Mattei e Monateri (1997: 79).

⁽³⁹⁾ Siems (2014: 8).

motivi per cui uno dei paragrafi successivi di questo *Capitolo* è dedicato alla percezione e all'oggetto della comparazione (§ 1.6) e, in tale prospettiva, il diritto comparato può essere definito come un “soggetto aperto” ⁽⁴⁰⁾. Tutto dipende, evidentemente, dalla sensibilità del comparatista.

Gli scenari che si aprono al comparatista sono diversi ove egli consideri, in relazione a problemi complessi, i fattori iniziali su cui si basa la sua analisi e sulla base di questi costruisca degli insiemi sempre più piccoli, come, ad esempio, possiamo vedere nella classica descrizione di un frattale – elemento geometrico costituito da linee spezzate – attraverso la *curva di Koch* ⁽⁴¹⁾ (fig. 1).

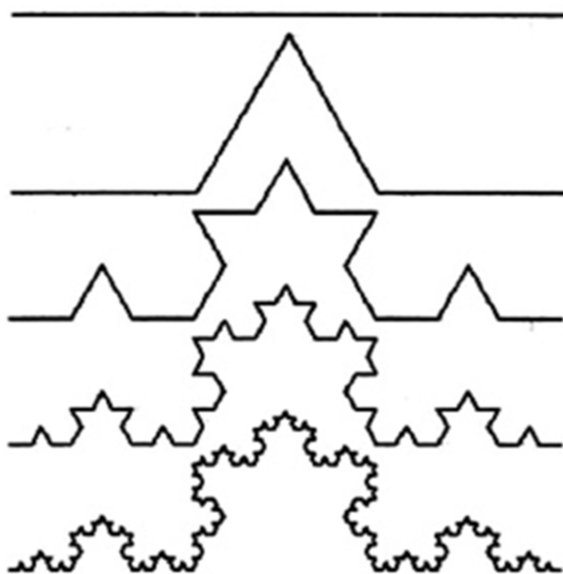


Fig. 1

Rappresentare geometricamente o attraverso schemi grafici il diritto costituisce uno strumento didattico funzionale al riconoscimento della sua complessità e dinamicità, come teorie più diverse cercano di

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.* (2014: 8).

⁽⁴¹⁾ Peitgen, Jürgens and Saupe (1991: 23).

dimostrare ⁽⁴²⁾, nell'auspicio che possa avverarsi l'idea popperiana di essere "*students of problems*" ⁽⁴³⁾, in grado di attraversare i confini delle discipline che caratterizzano il diritto nazionale.

Tuttavia, il primo degli obiettivi da raggiungere da parte degli studenti del secondo e terzo ciclo della formazione universitaria e post-universitaria resta sempre la padronanza dei "fondamenti" – e, in particolar modo, delle conoscenze metodologiche –, che è sempre necessaria per svolgimento di analisi a carattere comparativo che abbiano qualche rilevanza prescrittiva. Del resto, la presenza di una letteratura di qualità sul piano della dottrina rappresenta una garanzia per lo svolgimento di corsi di diritto comparato. E ciò ha probabilmente un effetto sul contenuto, le finalità e gli obiettivi del diritto comparato come autonoma disciplina ⁽⁴⁴⁾. Pur essendo convinto che le diverse aree del diritto manifestino peculiarità di contenuti non sempre sovrapponibili – basti pensare al diritto pubblico e al diritto privato – vi è, tuttavia, una crescente base comune sia sul piano contenutistico, che su quello metodologico, come, ad esempio, è ampiamente dimostrato nel campo del diritto amministrativo comparato, come anche in altre discipline a carattere comparativo. Questa base comune può essere soltanto ampliata e non certamente limitata a ciò che appare più congeniale a un settore disciplinare di insegnamento.

Inoltre, gli sviluppi della comparazione determinati dalla presenza di fattori (o problemi) complessi da interpretare, non presuppongono necessariamente che i metodi di insegnamento – che sono cosa diversa dai metodi per comparare – siano riducibili «a un insieme di esercizi pratici» ⁽⁴⁵⁾ e siano ancora efficaci per trasmettere nelle aule la passione per la comparazione. Sembrerebbe che, nel passaggio dal XX al XXI secolo, vi sia stata una variazione significativa nel modo di intendere la comparazione, che tende a svilupparsi anche nella dimensione 'verticale', non potendo più essere limitata agli ordinamenti nazionali studiati in una prospettiva orizzontale, indirizzandosi piuttosto all'analisi di livelli diversi di governo, dai micro-stati e alle grandi città, dalle macro-regioni agli attori di carattere globale ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴²⁾ Rosen (2012: 84).

⁽⁴³⁾ Menken and Keestra (2016: 10).

⁽⁴⁴⁾ Siems (2014: 287).

⁽⁴⁵⁾ Fauvarque-Cosson (2002: 295).

⁽⁴⁶⁾ Ebbinghaus (1998: 301).

Nel titolo, si è scelto di fare riferimento alla comparazione giuridica, piuttosto che al diritto comparato. Proverò a spiegarne le ragioni, in primo luogo sul piano linguistico, cercando di dare risposta alle tradizionali domande che precedono un'analisi comparativa nel campo delle scienze sociali e con cui si inaugurano le lezioni di un corso di diritto comparato: *perché comparare? Che cosa comparare? Come comparare?* Si tratta di domande rilevanti e sempre attuali per studenti e cultori della comparazione giuridica, nel convincimento che non esiste una logica della comparazione propria di una scienza.

1.2. *Perché è importante conoscere la metodologia comparativa?*

Le considerazioni che precedono mettono in luce un primo problema e cioè quello della utilità dell'insegnamento del metodo all'interno di corsi di diritto comparato. Per fare un esempio, un corso di diritto privato o pubblico comparato può essere affrontato senza la trasmissione di una adeguata base metodologica? La risposta, che, sino a pochi anni, fa non era affatto scontata, è senz'altro oggi positiva, come dimostrano alcuni contenuti dei più importanti e recenti *Textbooks* di diritto comparato ⁽⁴⁷⁾ e gli studi monografici sulla metodologia comparativa nella lingua inglese ⁽⁴⁸⁾, che può attualmente essere considerata il principale strumento di veicolazione del diritto comparato. Anche nella più recente letteratura di lingua italiana è visibile un approccio metodologico più ampio rispetto al passato, indirizzato anche al ripensamento della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato ⁽⁴⁹⁾.

Si può, qui, ricordare che, sino alla fine del secolo scorso, la maggior parte delle analisi comparative, anche utilizzate quali supporti di studio, avevano rappresentato un modo di introdurre il diritto straniero nelle aule universitarie, piuttosto che l'aspirazione a sviluppare basi teoriche, obiettivi e metodi di una autonoma disciplina giuridica ⁽⁵⁰⁾. Il diritto straniero e il diritto comparato, pur avendo dei fattori in comune, si differenziano per le finalità specifiche che li caratterizzano.

⁽⁴⁷⁾ Husa (2015); Siems (2014); Rosenfeld and Sajó (2012); Reimann and Zimmermann (2006).

⁽⁴⁸⁾ Samuel (2014); Adams and Heirbaut (eds.) (2014); Monateri (ed.) (2012, 671).

⁽⁴⁹⁾ Somma (2014); de Vergottini (2014); Pegoraro e Rinella (2013); Scarciglia (2011).

⁽⁵⁰⁾ Samuel (2014: 16).

L'espressione "diritto comparato" potrebbe essere utilizzata in maniera impropria, confondendola con quella di "diritto straniero", che, invece, si riferisce allo studio di un ordinamento giuridico non noto, appartenente cioè a un Paese diverso da quello in cui si è formato il giurista. Ciò implica, evidentemente, che possano definirsi opere di diritto comparato pubblicazioni che, in realtà, non lo sono e, talvolta, si caratterizzano per la totale assenza di metodologia comparativa ⁽⁵¹⁾. Lo studio del diritto straniero circoscrivendo l'ambito degli interessi di ricerca dei problemi, ed escludendo in alcuni casi la metodologia comparativa, è suscettivo di operare ambiguità con riferimento sia alla produzione scientifica che agli insegnamenti universitari. La diretta conseguenza di questo approccio è la loro caratterizzazione per «qualche cenno sparso di diritto comparato per suscitare emozioni o interessi comparatistici, o anche per lo più immediati e limitati interessi pratici» ⁽⁵²⁾. Ciò potrebbe comportare, attraverso l'uso linguistico, significati diversi per cui le due espressioni – diritto comparato e diritto straniero – sono state coniate. Proprio a proposito del loro utilizzo linguistico è stato osservato che: «nulla impedisce evidentemente di conferire l'etichetta "diritto comparato" a un corso oppure un'opera relativa al diritto spagnolo insegnato o pubblicato in Francia (o viceversa) a condizione che si riconosca esplicitamente che si tratta unicamente di un sinonimo rigoroso del termine "diritto straniero"; da ciò deriva la conseguenza che qualsiasi opera *straniera* diviene un'opera di *diritto comparato*" non appena subisce una traslazione geografica» ⁽⁵³⁾. Queste differenze implicano, dunque, un costante riflessione sulla necessità che la formazione impartita nelle aule universitarie – e, in particolare, l'insegnamento del diritto comparato – non possa essere separata dai metodi di ragionamento, di interpretazione e di analisi delle strutture normative e linguistiche ⁽⁵⁴⁾.

Del resto, ove si consideri che vi sono diverse categorie di soggetti che fanno uso della comparazione (ad esempio, gli studiosi, a diverso titolo, all'interno dell'accademia universitaria, i giudici nelle corti, i tecnici all'interno delle istituzioni parlamentari, gli operatori pratici del diritto, in ambito pubblico e privato), appare evidente che per il

⁽⁵¹⁾ Ponthoreau (2015: 303).

⁽⁵²⁾ Gorla (1964: 930).

⁽⁵³⁾ Pfersmann (2001: 280).

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.* (2001: 275).

raggiungimento del fine (o dei fini) che la comparazione persegue, si possono usare metodi diversi ⁽⁵⁵⁾. Da questi diversi interpreti e operatori del diritto ci si attende un contributo sempre più attivo, giacché, attraverso l'insegnamento, l'applicazione nelle aule di giustizia, l'interpretazione e la creazione di norme giuridiche, possono crescere la sensibilità e l'apertura verso altre tradizioni legali e culturali diverse da quella occidentale. Tuttavia, non bisogna dimenticare come, rispetto alla conoscenza della metodologia, vi sia una significativa differenza fra il diritto nazionale e il diritto comparato. Talvolta, i giuristi nazionali considerano la metodologia come qualcosa di separato rispetto alla materia di insegnamento, a differenza dei comparatisti per i quali la sua conoscenza è determinante per il corretto svolgimento delle analisi fra due o più ordinamenti ⁽⁵⁶⁾.

1.3. Come si può definire il diritto comparato?

Secondo Geoffrey Samuel, definire il termine “diritto comparato” è al tempo stesso facile e impegnativo ⁽⁵⁷⁾. Le definizioni possono essere molteplici e riguardano il diritto comparato come anche singole branche di questa area di conoscenza. Non sorprende l'uso di termini vaghi ⁽⁵⁸⁾ o generali ⁽⁵⁹⁾. L'espressione “*diritto comparato*” è stata spesso riferita a una disciplina “oscura” ⁽⁶⁰⁾, oppure una sorta di “mare sconfinato” ⁽⁶¹⁾. In sintesi, una definizione condivisa dell'espressione “diritto comparato” è quasi impossibile ⁽⁶²⁾. Da questo punto di vista, il termine inglese non ha lo stesso significato, ad esempio in francese (*droit comparé*) o in tedesco (*Rechtsvergleichung*) ⁽⁶³⁾. Nonostante l'incertezza interpretativa del termine, introduzioni e manuali sono dedicati a argomenti generali, allo sviluppo del diritto comparato nel mondo, oppure a specifici approcci,

⁽⁵⁵⁾ Basedow (2014: 821).

⁽⁵⁶⁾ Kischel (2019: 87).

⁽⁵⁷⁾ Samuel (2014: 9). V. anche Jansen (2019: 292); Siems (2022: 5); Reimann (2012: 13); de Cruz (1997: 3).

⁽⁵⁸⁾ Gutteridge (1949: 18); Pfersmann (2001: 275).

⁽⁵⁹⁾ Gorla (1964: 946).

⁽⁶⁰⁾ Gutteridge (1949: 18); Pfersmann (2001: 275).

⁽⁶¹⁾ Gorla (1964: 946).

⁽⁶²⁾ Gutteridge (1949), 1.

⁽⁶³⁾ Siems (2022), 5; Kischel (2019), 28.

e molto raramente alla metodologia comparativa. Più recentemente il diritto comparato è stato definito «come uno speciale campo degli studi giuridici, dinamico e aperto all'innovazione e non ancorato a uno specifico approccio di ricerca che caratterizza una disciplina del diritto» ⁽⁶⁴⁾. Come ha osservato Patrick Glenn, il diritto comparato è stato legato, soprattutto, alla esperienza giuridica occidentale, non potendosi rinvenire una definizione formale e istituzionalizzata, in paesi di altra tradizione culturale ⁽⁶⁵⁾.

Ciò, tuttavia, non esclude che la comparazione trovasse una solida base metodologica ed epistemologica in ordinamenti non appartenenti al continente europeo. Se si osservano altri sistemi giuridici, rispetto a quello in cui un ricercatore o una ricercatrice si trovano ad operare, è possibile cogliere ambiti concettuali diversi, e talora non sovrapponibili, a seconda che si proceda a una descrizione a carattere generale di questi sistemi oppure si stabiliscano ambiti rispettivi di regole da comparare o, ancora, si ricerchino soluzioni per risolvere problemi giuridici in ordinamenti con caratteristiche diverse, anche analizzandone i profili diacronici o, per usare una nota espressione, l'evoluzione genetica ⁽⁶⁶⁾.

Le prospettive di studio possono essere, dunque, eterogenee, ma, in ogni caso, separando il piano descrittivo da quello applicativo, emerge come il diritto comparato rappresenti qualcosa di diverso e più ampio della descrizione del diritto di uno o più ordinamenti stranieri, sebbene senza lo studio del diritto straniero mancherebbero i presupposti per svolgere una qualunque analisi comparativa. Utilizzando una nota espressione, si potrebbe dire che il comparatista sta al diritto straniero come il direttore d'orchestra sta all'orchestra, non si può essere l'uno senza studiare (o essere stato) il secondo ⁽⁶⁷⁾. La espressione “*diritto comparato*”, in molte occasioni, è utilizzata in maniera impropria, confondendosi, talora, il “diritto comparato” con il “*diritto straniero*” – che si riferisce allo studio di un ordinamento giuridico non noto, di un altro Paese –, con la conseguenza di definire opere di diritto comparato, scritti che in realtà non lo sono ⁽⁶⁸⁾, talvolta privi di prospettiva metodologica ⁽⁶⁹⁾. Tuttavia, l'espressione “diritto comparato” può avere

⁽⁶⁴⁾ Husa (2015: 1).

⁽⁶⁵⁾ Glenn (1999: 841).

⁽⁶⁶⁾ Wigmore (1936: 1120).

⁽⁶⁷⁾ Ancel (1971: 86).

⁽⁶⁸⁾ Gorla (1964: 928).

⁽⁶⁹⁾ Pfersmann (2001: 275).

significati anche diversi in relazione ai soggetti che se ne occupano, come agli oggetti della comparazione, e ciascuno di questi significati potrebbe essere scientificamente accettabile ⁽⁷⁰⁾. Nel rispondere alla domanda “che cos’è il diritto comparato?”, cercherò di mettere in luce non solo l’evoluzione e l’attuale narrazione dominante di questa scienza nel campo del diritto, ma anche i riflessi di ciò che è stato chiamato “*diritto comparato negativo*”, una formula coniata dal comparatista francese Pierre Legrand ⁽⁷¹⁾ (v. § 4.2.1).

Lo studio del diritto straniero *tout court*, circoscrivendo l’ambito degli interessi di ricerca, dei problemi e del metodo comparatistico, è suscettivo di operare ambiguità nell’utilizzo dell’espressione “diritto comparato”, soprattutto con riferimento ai libri e agli insegnamenti, che ad essa sono ricondotti, ma anche a scuole, istituti, corsi universitari di diritto straniero «con qualche cenno sparso di diritto comparato per suscitare emozioni o interessi comparatistici, o anche per lo più immediati e limitati interessi pratici» ⁽⁷²⁾, con l’evidente rischio di attribuire, attraverso l’uso linguistico, un significato all’espressione completamente diverso da quello per cui la stessa è stata coniata.

Può accadere, infatti, per abitudine consolidata del ricercatore, che il giudizio sulla conoscenza di un certo istituto in un determinato paese, del carattere operativo o declamatorio di una regola, o anche del modello di forma di governo o di amministrazione, sia strettamente legato ad alcuni fattori che compongono l’oggetto dell’analisi comparatistica. In alcuni casi, si tratta di una sintesi, seppure elaborata attraverso un percorso di de-costruzione/ri-costruzione, che, in ogni caso, non ci consente di spiegare, o ancor meglio di verificare, passaggi concettuali dal dato particolare a quello generale, e viceversa. E potrebbe sfuggire, in una dimensione inespressa ⁽⁷³⁾, la trasformazione di un formante. Per semplificare, potremmo percepire o conoscere più di quanto non si riesca ad esprimere con le parole o con un linguaggio formale. Ma il comparatista sa bene che, ove focalizzasse la sua attenzione sulla specificazione di particolari, potrebbe vanificare la comprensione di istituti

⁽⁷⁰⁾ Bussani and Mattei (2012: 3).

⁽⁷¹⁾ Legrand (2025; 2022; 2021). Alle tesi del comparatista francese è stato dedicato uno speciale numero dell’*American Journal of Comparative Law*, *What We Write About When We Write About Comparative Law: Pierre Legrand’s Critique in Discussion*, vol. 65 del 2017, 1-255.

⁽⁷²⁾ Gorla (1964: 930).

⁽⁷³⁾ Il riferimento è a Polanyi ([1966] 1979).

complessi, producendo, di conseguenza, risultati errati nel procedimento comparativo. Ad esempio, lo studio del sistema delle fonti del diritto in un paese appartenente a un'area diversa da quella di *Western legal tradition* – come potrebbe essere un ordinamento a matrice religiosa, un paese asiatico o africano, o di *Socialist law* – attraverso l'analisi dei formanti, non potrebbe essere compiutamente descritto senza conoscerne gli elementi strutturali, la lingua, il contesto e i luoghi dove quelle regole giuridiche sono applicate, talvolta in presenza di antinomie. Dalla prospettiva di una comparazione profonda (v. § 4.2.2), l'analisi di questi ordinamenti pone in dubbio che la stessa comparazione sia possibile e non si traduca in una descrizione personale dell'autore o dell'autrice di uno studio comparativo siffatto, che potrebbe addirittura descrivere una realtà soltanto inventata ⁽⁷⁴⁾.

Con riferimento a Polanyi, si può senz'altro ritenere che l'abilità del conducente di un veicolo non può essere sostituita da un'istruzione teorica approfondita dell'automobile ⁽⁷⁵⁾. Il tema del linguaggio richiama la considerazione che ogni concetto nel suo proprio contesto culturale può assumere significati diversi e generare, in assenza di adeguati strumenti interpretativi, anche verticali, confusione circa il suo significato e le sue origini ⁽⁷⁶⁾. Come osserva Samuel, «il testo giuridico è semplicemente un significante, al fine di scoprire il significato culturale e di mentalità che il testo rappresenta» ⁽⁷⁷⁾.

1.4. *Che cosa si intende per comparazione giuridica?*

Nelle scienze sociali, la comparazione svolge lo scopo di dimostrare con sistematicità analogie e differenze fra fenomeni osservati e sviluppare e verificare ipotesi e teorie sulla loro relazione causale ⁽⁷⁸⁾. Come osservava Smelser nella metà degli anni Settanta, i problemi metodologici legati ad analisi comparative non erano stati oggetto di grandi trasformazioni rispetto allo sviluppo dei metodi e delle teorie ⁽⁷⁹⁾. La comparazione si caratterizza, così, nelle varie scienze per l'utilizzo di

⁽⁷⁴⁾ Legrand (2022: 302-3).

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.* ([1966] 1979: 36).

⁽⁷⁶⁾ Husa (2015: 2).

⁽⁷⁷⁾ Samuel (2014: 41).

⁽⁷⁸⁾ Berg-Schlosser (2001: 2427): v., anche, Vigour (2005: 16).

⁽⁷⁹⁾ Smelser ([1975] 1978: 207).

metodi diversi o nelle differenti modalità di applicazione dello stesso metodo ⁽⁸⁰⁾. Che cosa è accaduto, in particolare, nella scienza giuridica? Da questa prospettiva, la comparazione può essere definita «*l'operazione intellettuale di raffronto* fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti, che, se compiuta in modo sistematico secondo i canoni del metodo giuridico, assume le caratteristiche della disciplina scientifica» ⁽⁸¹⁾. Nonostante i tratti comuni che caratterizzano le discipline giuridiche comparatistiche, vi sono delle peculiarità che connotano diversamente la comparazione nel campo del diritto pubblico – amministrativo, costituzionale e penale – da quella nel diritto privato, in cui possono essere ricompresi, fra gli altri, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto societario, il diritto della concorrenza e il diritto del lavoro. Nel primo caso, la comparazione ha per oggetto le relazioni fra i soggetti e i poteri pubblici – nonché la garanzia dei loro diritti fondamentali –, mentre nel secondo, i rapporti individuali ⁽⁸²⁾ e l'autonomia privata ⁽⁸³⁾. Per quanto riguarda i tratti comuni, possiamo ricordare, ad esempio, i profili diacronici, le classificazioni, i metodi, le fonti costituzionali, la circolazione dei modelli e i trapianti.

Questa differenza fra ambiti disciplinari – di cui si avrà modo di parlare a proposito dell'oggetto della comparazione – non implica, tuttavia, per le osservazioni svolte in precedenza, la sussistenza di rapporti ancillari, ad esempio, fra la comparazione in diritto privato e in diritto amministrativo, oppure fra il diritto costituzionale e altre discipline, potendosi diversamente ritenere che le scelte e i risultati ottenuti da uno studioso appartenente a un settore delle scienze sociali possano essere utili o rilevanti anche per gli altri scienziati sociali ⁽⁸⁴⁾, fra i quali il giurista occupa un posto di rilievo. Del resto, all'interno dei diversi sistemi possono esservi proprietà comuni, come anche meccanismi di interazione tra le loro componenti, e negli effetti che queste interazioni possono produrre – “proprietà emergenti”, intese come conseguenze delle interazioni – applicabili a sistemi diversi fra loro. Se consideriamo, infatti, che il diritto comparato mette in luce la natura complessa di ciò che può essere considerato come unitario, anche la struttura

⁽⁸⁰⁾ Somma (2020: 246).

⁽⁸¹⁾ de Vergottini (2014: 2).

⁽⁸²⁾ *Ibid.* (2014: 2).

⁽⁸³⁾ Verro (2012: 118).

⁽⁸⁴⁾ Sartori e Morlino (1991: 7).

della differenza o della variabile potrebbe presentare, analogamente, un carattere unitario ⁽⁸⁵⁾.

Le diverse conoscenze possono integrarsi fra loro in una sorta di movimento circolatorio ⁽⁸⁶⁾ che, da una parte, rafforza le basi cognitive del singolo studioso e, dall'altra, risponde a quei processi di internazionalizzazione che attualmente caratterizzano il diritto ⁽⁸⁷⁾. Del resto, questa integrazione, come il rapporto di collaborazione descritto da Annelise Riles, sono strettamente legati al problema dell'accrescersi della conoscenza scientifica ⁽⁸⁸⁾.

Se, tuttavia, da una parte, la relazione fra diritto comparato e scienze sociali può essere utile alla formazione del giurista, per altro verso, questa interazione deve essere «teoricamente giustificata e controllata», e non può evidentemente produrre, ad esempio, un pericoloso sovrapporsi fra diritto costituzionale comparato e scienza politica o altre discipline scientifiche ⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, il rapporto di interdisciplinarietà fra le scienze tende a divenire un elemento frequente nelle analisi comparative ⁽⁹⁰⁾.

La differenza fra ambiti disciplinari non implica necessariamente la sussistenza di rapporti ancillari, potendosi diversamente ritenere che le scelte e i risultati ottenuti da uno studioso appartenente a un settore delle scienze sociali possano essere utili o rilevanti non solo per gli altri scienziati sociali, ma anche per gli studiosi delle scienze c.d. "dure". Questo approccio rafforza le basi cognitive del singolo studioso, consentendo, altresì, una più efficace analisi e condivisione dei problemi conseguenti all'accrescersi della conoscenza scientifica ⁽⁹¹⁾.

Questa interdisciplinarietà, che è, in qualche misura, legata all'analisi critica del diritto non implica, tuttavia, sostituzione dei metodi utilizzati nell'approccio comparativo sino al ventesimo secolo, quanto piuttosto la loro integrazione con nuovi approcci e il confronto all'interno e all'esterno della disciplina. Da più parti, è stato segnalato

⁽⁸⁵⁾ Richard (2007: 31).

⁽⁸⁶⁾ Samuel (2014: 36).

⁽⁸⁷⁾ Cfr. Dalmás-Marty (2003: 2).

⁽⁸⁸⁾ Popper ([1935] 1970: XXXIX).

⁽⁸⁹⁾ Von Bogdandy (2016: 5).

⁽⁹⁰⁾ V. Husa (2022); Siems (2022: 9); Frankenberg (2016: 13); Glendon, Carozza and Picker (2016: 11).

⁽⁹¹⁾ Popper ([1935] 1970: XXXIX).

come il diritto faccia parte, analogamente ad altre scienze, della cultura umana e che non vi siano ragioni sufficienti ad escludere che un campo di studio diverso da quello giuridico possa contribuire a far luce su analogie e differenze fra sistemi giuridici, come anche a risolvere un determinato problema in un momento storico definito ⁽⁹²⁾.

Prima di affrontare il tema della comparazione sul piano della funzione (*perché comparare*) e sul piano del metodo (*come comparare*), ci sembra utile richiamare la distinzione introdotta da Jaakko Husa fra scelte metodologiche di natura tecnica e di natura teorica ⁽⁹³⁾. Appartengono alle prime le seguenti alternative: micro e macro-comparazione, comparazione longitudinale e trasversale, comparazione bilaterale e plurilaterale, comparazione orizzontale e verticale, comparazione monoculturale e pluriculturale. Le opzioni di carattere “tecnico” saranno esaminate analiticamente nel paragrafo relativo all’oggetto della comparazione – *Che cosa si compara?* –, mentre quelle di carattere teorico nel secondo *Capitolo* 3.

1.5. *Perché comparare?*

Uno dei problemi affrontato nelle scienze sociali e, di conseguenza, nello studio del diritto, è quello della funzione svolta dalla comparazione: *perché comparare?* A questa domanda si potrebbe, in via preliminare, rispondere che la comparazione giuridica è essenzialmente libera nei fini, quando attraverso di essa, si procede a realizzare un raffronto e una successiva valutazione di regole o istituti appartenenti a ordinamenti diversi. Superare i limiti dell’ordinamento giuridico noto rappresenta un indubbio strumento di ampliamento delle conoscenze e una prospettiva privilegiata che consente di vedere, dall’esterno, le differenze sul piano storico fra gli ordinamenti oppure la relatività dell’interpretazione dei concetti giuridici, ma anche di comprendere culture e tradizioni giuridiche diverse e di sviluppare meccanismi di cooperazione internazionale e di integrazione ⁽⁹⁴⁾.

La conoscenza degli ordinamenti stranieri consente l’acquisizione da parte dello studioso di elementi cognitivi attraverso cui possono

⁽⁹²⁾ Siems (2014: 8); Reitz (1998: 627).

⁽⁹³⁾ Husa (2015: 100).

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.* (2015: 59).

veicolare ampi interessi di ricerca. Ciò vale tanto per il diritto – e per le sue specifiche discipline – quanto per altre scienze. Osserva, in proposito, Maurice Adams che «il diritto comparato produce valore aggiunto, e con l'uso della comparazione sarebbe possibile evitare la trappola di una pura e semplice descrizione del diritto straniero» ⁽⁹⁵⁾.

Le funzioni della comparazione sono legate alle concrete finalità che persegue chi la utilizza, analogamente a quanto accade per la scelta del metodo. In dottrina, è stata proposta l'ipotesi di «analizzare le funzioni della comparazione distinguendo nettamente l'ipotesi della ricerca dottrinarica da quella legata all'esercizio di una pubblica funzione di normazione o di giurisdizione» ⁽⁹⁶⁾. Si potrebbe dire che: *A* (docente) utilizza la comparazione per svolgere la funzione *F* (ricerca dottrinarica), *B* (parlamentare) per svolgere la funzione *F*² (funzione legislativa) e *C* (giudice) per svolgere la funzione *F*³ (funzione giurisdizionale). Pur riconoscendo la evidente utilità della classificazione, si ritiene, tuttavia, che queste limitazioni possano scontrarsi con uno dei principi alla base della comparazione che è proprio quello della libertà dei fini.

Può accadere, infatti, che il giudice svolga la funzione di “legislatore” – come accade, ad esempio, per le sentenze sostitutive di una corte costituzionale o nell'adozione di precedenti vincolanti in un ordinamento di *common law* – o egli stesso produca opere di dottrina o faccia dottrina, come negli Stati Uniti o in Spagna. Da questa prospettiva, può essere più interessante focalizzare l'attenzione su quali possano essere gli interessi conoscitivi da sviluppare con il ricorso alla comparazione (*knowledge interests*), a prescindere dal soggetto specializzato che ne sia portatore ⁽⁹⁷⁾. Le diverse classificazioni proposte in dottrina – il riferimento più consueto è al concetto di interesse o di funzione – sono parzialmente coincidenti al di là del dato terminologico.

1.6. Possiamo classificare le funzioni della comparazione giuridica?

Alla base di un'analisi comparativa possono esserci interessi diversi ⁽⁹⁸⁾. Gli stessi si traducono in scelte necessarie e prodromiche che il ricercatore deve fare, prima di avviarsi sulla strada della

⁽⁹⁵⁾ Riportato in Husa (2015: 60).

⁽⁹⁶⁾ de Vergottini (2014: 15).

⁽⁹⁷⁾ Husa (2015: 70).

⁽⁹⁸⁾ Basedow (2014: 821).

comparazione. Si intersecano, in questa prospettiva, i concetti di “interesse” e “funzione”: posso soddisfare più interessi all’interno di una funzione attribuita alla comparazione o viceversa. Da qui nascono forme diverse di classificazione, talvolta legate all’identità di una tradizione culturale o a modelli predominanti in un certo momento storico. Ad esempio, con riferimento alla comparazione in diritto amministrativo, fin dalla sua origine si caratterizzò in Europa per un dualismo di tendenze e di metodo, che giunse sino a una diversa concezione della scienza, sulla scia della scuola francese e di quella tedesca. Lo sviluppo del diritto amministrativo non poteva prescindere dalla impostazione concettuale dei due modelli.

Ritornando alle classificazioni sul piano funzionale, una prima distinzione è stata formulata fra la comparazione come strumento di politica del diritto, come ricerca di storia del diritto e come analisi strutturale del diritto. Il primo profilo – la politica del diritto – è presente in molti studi comparativi che, ad esempio, hanno avuto come oggetto le garanzie costituzionali, l’accesso alla giustizia, i diritti fondamentali e l’ombudsman. In questo tipo di analisi, tuttavia, è fondamentale che la ricerca si muova all’interno di sistemi politici omogenei di cui il comparatista deve conoscere il funzionamento ed essere consapevole dell’efficacia dei modelli stranieri nei sistemi di origine. A questo proposito, dobbiamo ricordare la prospettiva di una comparazione differenziale, caratterizzata dalla presunzione della differenza (*praesumptio dissimilitudinis*) piuttosto che della somiglianza (*praesumptio similitudinis*). Secondo Legrand, questa sarebbe l’unica forma di comparazione in grado di non alterare la ricchezza culturale delle diverse tradizioni giuridiche ⁽⁹⁹⁾.

Il secondo profilo riguarda la comparazione intesa come relazione storica fra ordinamenti; in questa prospettiva la storia del diritto è considerata come la storia della cultura giuridica ⁽¹⁰⁰⁾. Infine, un terzo profilo riguarda la c.d. analisi strutturale del diritto, secondo cui all’interno degli ordinamenti giuridici il comparatista può astrarre forme invarianti – che, in altra parte di questi appunti sono state definite anche “elementi di base” o “elementi strutturali” – secondo un approccio metodologico che richiama la “nomodinamica” kelseniana ⁽¹⁰¹⁾. Ma, in ogni caso, qualunque sia l’approccio preferito, è necessario che il

⁽⁹⁹⁾ Legrand (2021: 647; 2003: 240); Kennedy (2001: 1147).

⁽¹⁰⁰⁾ Tarello (1976: 52).

⁽¹⁰¹⁾ Kelsen (1945: 111).

comparatista dichiarare apertamente quale siano i fini della sua ricerca, esplicitando i metodi che intende utilizzare.

Un'altra distinzione è relativa al carattere *integrativo* o *contrastivo* dell'interesse alla comparazione ⁽¹⁰²⁾. L'interesse a carattere *integrativo* si indirizza principalmente alla ricerca di analogie fra (s)oggetti di studio all'interno di due o più sistemi giuridici per costituirne un completamento. L'interesse a carattere *contrastivo* si manifesta nello studio delle differenze. In dottrina, vi sono diversi angoli visuali per caratterizzare gli obiettivi e gli usi della comparazione, che vanno dalla funzione conoscitiva dei sistemi giuridici agli usi pratici, sia nazionali che internazionali ⁽¹⁰³⁾.

L'interesse integrativo è predominante in una delle funzioni pratiche della comparazione (v. § 1.4.2) quella di *armonizzazione* e di *unificazione*. In particolare, è definito di "*armonizzazione*" il processo coordinato di omogeneizzazione dei diritti statali, che consente di mantenere la individualità dei diritti statali, pur condividendo caratteristiche comuni; si parla, invece, di "*unificazione*" quando il processo di omogeneizzazione tende a essere il più completo possibile. Questi processi riguardano gli ordinamenti statali a carattere unitario o composto (federale e regionale), i rapporti fra Stati disciplinati da convenzioni o affidati a organizzazioni internazionali. In relazione a questa funzione, è stato, tuttavia, osservato che, nonostante vi siano oggi forti volontà all'unificazione di tutte le branche del diritto in gioco nello scambio di beni e servizi, si tratterebbe di un'evoluzione circolare, tenuto conto che ogni nuova regolamentazione legata a istanze di omogeneizzazione e unificazione genererebbe nuove domande di unificazione.

La comparazione giuridica non risolve, tuttavia, il problema della misura in cui il diritto deve essere armonizzato o unificato ⁽¹⁰⁴⁾ e l'evoluzione del c.d. diritto globale, di cui si tratterà in modo specifico nel cap. VI, comporterà che, sempre di più, le regole del diritto commerciale (internazionale) tendono ad essere armonizzate oppure unificate. Tuttavia, va ricordato che questa prospettiva è stata sottoposta da alcuni studiosi a critica con l'esclusione, di conseguenza, della convergenza dei sistemi giuridici in Europa ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Husa (2015: 71).

⁽¹⁰³⁾ Siems (2022: 71); Mousourakis (2019: 23-44); Kischel (2019: 46-85); Dannemann (2019: 407-11).

⁽¹⁰⁴⁾ Pfersmann (2001: 279).

⁽¹⁰⁵⁾ SchieK (2010: 203-25); Legrand (1997).

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer