

Premessa

Il diritto (come il mondo) si può guardare dalla grata di una cantina, dalla finestra di casa, dalla terrazza di un condominio, dalla cima di una collina o di una montagna, da un aereo o dalla stazione spaziale orbitante. Piaget ha scritto pagine imprescindibili sulla percezione, e anche le tavole di Rorschach sono un buon esempio di come nella stessa macchina si possano vedere cose distinte. Non c'è una visione "giusta" e una "sbagliata". Semplicemente, sono visioni diverse, che forniscono informazioni diverse. Quella che è sbagliata (scientificamente sbagliata) è la pretesa che la visione che si ha dalla cantina, o dalla finestra di casa, sia l'unica giusta. Questa è la visione che del diritto comparato hanno spesso, in vari paesi, molti costituzionalisti "domestici", convinti che per conoscere il mondo basti applicare le teorie e le categorie apprese in casa (o in cantina), dando a esse validità universale.

Il ghepardo caccia da solo, il lupo in branco, e le leonesse mettono in comune la prole; l'aquila è monogama, altri animali no. Così è per le culture e le società che generano le strutture giuridiche, e impiantano in esse precise scelte assiologiche. (Prima l'individuo, o prima la comunità?) Al comparatista – che non vive e accetta una sola *Grundnorm*, la sua, diversamente dallo studioso di diritto interno – non è concesso condizionare lo studio (e la struttura di un manuale) a opzioni preconette, determinate dalla sua istruzione e dal suo vissuto, storicamente condizionato. D'altro canto, deve porsi la questione se la conoscenza di ciò che studia (e illustra) presuppone ciò che Silvia Bagni chiama "compassione", ossia comprensione non solo "tecnica" dell'altro, del diverso da sé. (V. *All you need [to compare] is love*, in ID. (ed.), *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.) Oppure se lo studio di sistemi e ordinamenti lontani dal suo modo di pensare possa essere il frutto di operazioni asettiche di descrizione di realtà aliene, con il distacco proprio dell'entomologo che analizza un insetto, ma con la coscienza di una superiorità del proprio punto di vista. Come si spiegherà nel capitolo metodologico, il relativismo trova la sua dimensione etica nel rispetto delle scelte altrui, la cui ispirazione richiede spesso l'ausilio di scienze diverse da quella giuridica, così come concepita solo nel diritto occidentale, caratterizzato dal ruolo egemonico del *common law* e del *civil law*.

Si è dunque privilegiata l'apertura alla pluralità delle esperienze (pur con un occhio di riguardo prevalente per il diritto costituzionale di provenienza occidentale, se non altro perché permeante e largamente imitato nelle sue componenti formali).

Questo libro di *Sistemi costituzionali comparati* è la traduzione italiana di un testo concepito e scritto originariamente per il pubblico latinoamericano. Esso fa seguito a quello dedicato alla metodologia della comparazione costituzionalistica, di cui vuole essere il coerente sviluppo: nel trattare i temi sostanziali della materia, e per cercare di capire il mondo (meglio, il diritto costituzionale), esso dà infatti applicazione alle teorie là esposte

relative alla centralità del linguaggio, alle classificazioni, ai formanti, alla circolazione e ai trapianti, ai rapporti con altre scienze, al pluralismo, al rifiuto dell'eurocentrismo. (Vedi *Derecho constitucional comparado*, I, *La ciencia y el método*, Astrea-Unam, Buenos Aires-Ciudad de México, 2016, versione in castigliano di *Diritto pubblico comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014.)

La materia nel suo complesso, e i singoli elementi che la compongono (le fonti, i diritti, le famiglie giuridiche, le forme di Stato e di governo, il federalismo, la giustizia costituzionale, ecc.) sono trattati nell'alveo di classificazioni duttili e prevalentemente basate sull'utilizzazione di vari elementi pertinenti, per offrire interpretazioni da diversi angoli visuali. L'interdisciplinarietà non fa sconti al rigore del metodo giuridico, ma l'apertura a modi non solo occidentali di fare diritto deve confrontarsi con la polisemia della parola "diritto" nelle diverse epoche e latitudini. La decostruzione, applicata a linguaggio e classi, si accompagna peraltro all'esposizione delle categorie tradizionali, all'illustrazione delle tesi prevalenti, alla descrizione degli istituti vigenti, oltre che a nuove proposte di sistemazione. Nel convincimento che in assenza di una solida base di dati empiricamente verificabili è difficile formulare teorie attendibili e proposte sensate, l'aspetto nozionistico non è stato affatto trascurato, ma si è tenuto presente l'ammonimento di Plutarco: «I giovani (dirremmo, i lettori in generale) non sono vasi da riempire, ma fiaccole da accendere».

Di solito, i manuali costituzionalistici e comparatistici seguono partizioni complesse, strutturate secondo logiche che ricordano quelle dei codici o delle costituzioni: qui, la scelta di una sequenza "a cascata" dei capitoli, senza ulteriori suddivisioni in scansioni più ampie, è intenzionale, e va ascritta alla concezione del diritto comparato illustrata nel capitolo introduttivo. Il rilievo della materia è dato dai tempi e dai luoghi. Le fonti sono il fattore che genera i diritti, ma per alcune correnti dottrinali i diritti preesistono alle fonti; le dottrine politiche alimentano le strutture, i diritti, le fonti, ma le fratture tra i diversi formanti del diritto mescolano le carte; la giustizia costituzionale applica la costituzione, ma si sostiene anche che essa è la costituzione (e la crea). Un esempio: il costituzionalismo (anche temporalmente) viene prima delle costituzioni e dei diritti, e all'inizio il prodotto generato è univoco e compatto. Le fonti sono quelle nuove, i codici; il Parlamento è il soggetto che genera le fonti; la nuova classe sociale rappresentata nel Parlamento si prende, in quella sede, i propri diritti di autonomia (di darsi regole), di libertà (di essere protetta dagli abusi regi), di dominio (di godere della proprietà). C'è reciproca connessione, non solo tra queste categorie di diritti, ma anche tra diritti, luogo di produzione (il Parlamento), modo di produzione (la legge, il codice), ideologia (liberalismo). I vari frammenti del diritto costituzionale comparato sono insomma fungibili (anche se la scansione scelta per essi è ovviamente influenzata da alcune opzioni teoriche).

Questo libro è frutto di scambi di idee, di reciproci influssi e di una lunga e proficua collaborazione tra gli autori, ed è stato scritto insieme in ogni paragrafo o riga, reciprocamente verificati, corretti, integrati. Si è valso poi, in larga parte, del dibattito e dei confronti con colleghi, allievi ed amici, dei quali tra un attimo si darà conto. Solo per ragioni burocratiche, gli autori dichiarano che i capitoli vanno attribuiti così: L. Pegoraro: Introduzione, §§ 1-7, cap. IV, sez. I e III, cap. V, cap. VII, cap. X; A. Rinella: Introduzione, §§ 8-11, cap. II, cap. III, sez. II, cap. V, cap. VI, cap. VIII; S. Bagni: cap. IX, sez. I e molte parti definitorie e sostanziali, citate *passim* in testo o a pie' di pagina; S. Baldin: cap. IX, sez. II; F. Rinaldi: cap. IX, sez. III; M. Rinaldi: cap. IX, sez. IV; G. Pavani: cap. IX, sez. V. Si è

valso inoltre, in parte, del materiale studiato ed elaborato per la stesura di altre opere pubblicate nel corso degli anni, tra cui i manuali *Diritto pubblico comparato* (5^a ed., insieme a G. Morbidelli e M. Volpi, Giappichelli, Torino, 2016, e prime quattro edizioni con A. Reposo), e *Derecho Constitucional Comparado* (a cura di D. López Garrido, M.F. Massó Garrote, L. Pegoraro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017).

Si è scelto di corredare il testo con un apparato di note ragionate e una bibliografia finale, per agevolare gli approfondimenti degli studenti e le ricerche di laureandi, dottorandi e studiosi; si è preferito però non appesantirlo con interminabili elenchi scaricati da internet (come spesso accade), ma di apporre, accanto ai riferimenti classici, basilari e indispensabili, solo i libri e gli articoli effettivamente utilizzati, citati nella versione originaria e nelle eventuali traduzioni. Le citazioni normative e dottrinali in inglese, francese, spagnolo sono lasciate per lo più nell'idioma originale, nel presupposto che, trattandosi di lingue veicolari, sono conosciute, e che comunque le lingue neolatine si intendono facilmente.

Un ringraziamento per le critiche, segnalazioni, suggerimenti e idee ad Antonio Reposo, a Emma Imperato, e soprattutto a Matteo Nicolini, nonché, per la verifica delle note, a Tania Abbiate e a Maria Francesca Cavalcanti.

Gli autori

Bibliografia di base

Diritto comparato generale – manuali

J.H. WIGMORE, *A Panorama of the World legal Systems*, West Publ., Saint Paul, 1928, III; H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge U.P., Cambridge, 1946, trad. fr. *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Lgdj, Paris, 1953; P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, 3 voll., Lgdj, Paris, 1950-1951; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. it. *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Jovene, Napoli, 1978; L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971, trad. sp. *Introducción al Derecho comparado*, in *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981, tr. fr. *Introduction au droit comparé*, in *Traité de droit comparé*, Lgdj, Paris, 1972, I, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996, e ID., *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. it. *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000; A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1998; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, trad. it. della 3^a ed. (Tübingen, 1984), *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, trad. sp. *Introducción al derecho comparado*, Oxford U.P., México, 2002, e *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, *Institutionen*, 2^a ed., Mohr-Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Puf, Paris, 1988; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5^a ed., Utet, Torino, 1992; J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997; R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADE, M.R. DAMASKA, P.E. HERZOG, *Comparative Law*, 6^a ed., Foundation, Mineola, 1998; M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000; M. LUPOLI, *Sistemi giuridici comparati*, Esi, Napoli, 2001; A. GAMBARO, R. SACCO (eds), *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Utet, Torino, 2002; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^a ed., Dalloz, Paris, 2016, trad. sp. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Unam, México, 2010, trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5^a ed., Cedam, Padova, 2004; B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005; F. DE FRANCHIS, *Il diritto comparato dopo la riforma*, Giuffrè, Milano, 2006; A. SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Ara, Lima, 2006; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014; R. SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 3^a ed., Dunod, Paris, 2008; C. SIRVENT GUTIÉRREZ, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 15^a ed., Porrúa, México, 2012; L. ACQUARONE, F. ANNUNZIATA, R. CAVALIERI, G.F. COLOMBO, M. MAZZA, A. NEGRI, L. PASSANANTE, G. ROSSOLILLO, L. SEMPI, *Sistemi giuridici nel mondo*, 2^a ed. a cura di A. NEGRI, Giappichelli, Torino, 2016; R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2014; H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5^a ed., Oxford U.P., Oxford, 2014, trad. it. della 2^a ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Muli-

no, Bologna, 2011; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014; J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Hart, Oxford, 2015.

Diritto comparato generale – volumi collettivi

M. ROTONDI (ed.), *Buts et méthodes du droit comparé*, Cedam, Padova, 1973; K. BAELE-WOELKI, F.W. GROSHEIDE, E.H. HONDIUS, G.J.W. STEENHOFF (eds), *Comparability and Evaluation*, Kluwer Norwell, 1994; G. ALPA (ed.), *Corso di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996; V. GROSSWALD CURRAN (ed.), *Comparative Law: An Introduction*, Carolina Academic Press, Durham, 2002; A. HARDING, E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer, The Hague, 2003; P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005; M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006; E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (eds), *Comparative law: A Handbook*, Hart, Oxford-Portland, 2007; L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. degli studi di Trento, Trento, 2012; M. BUSSANI, U. MATTEI (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012; P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012; M. ADAMS, J. BOMHOFF (eds), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012; M. ROSENFELD, A. SAJO (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012.

Diritto comparato generale – manuali per aree o famiglie giuridiche

G. AJANI, *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Un. degli studi di Trento-Dip. di scienze giuridiche, Trento, 1993; ID., *Il modello post-socialista*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2008; M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996; J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge U.P., Cambridge, 2004; W.F. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2006; G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Torino, 2007; F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; U. MATTEI, *Il modello di common law*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2014; P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2016.

Diritto comparato pubblico e costituzionale – testi metodologici

G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Torino, 1994; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002, trad. sp. parziale, *Introducción al Derecho público comparado*, Unam, México, 2006, e Palestra, Lima, 2006; ID., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007; ID., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, il Mulino, Bologna, 2006, trad. sp. *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2010; ID., *Metodi e comparazione giuridica*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016; L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, e Un. Libre, Bogotá, 2012; ID., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014; A. GUARNIERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2016.

Diritto comparato pubblico e costituzionale – manuali

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di Stato” e le “forme di governo”. Le costituzioni moderne*, 6^a ed. modificata, Giuffrè, Milano, 1988, trad. sp. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. *Las Constituciones modernas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000; G. RECHIA, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 2000; S. ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993; ID., *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale italiano e comparato. Lezioni*, Periferia, Cosenza, 2002; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II, 6^a ed., Cedam, Padova, 2004; ID., *Diritto costituzionale comparato*, I, 9^a ed., Cedam, Padova, 2014, trad. sp. della 6^a ed. *Derecho Constitucional Comparado*, Unam, México, 2004, e Un. de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005; G. ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 2010; F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2011; P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds), *Diritto costituzionale comparato*, 2^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2014; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2012; E. PALICI DI SUNI, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 3^a ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015.

Riviste

Con contributi in varie lingue, la *Revista General de Derecho Público Comparado* (Iustel, Madrid, on line, www.iustel.com). In castigliano, inoltre, *La Albolafia. Revista de Humanidades y Cultura* (Istituto de Humanidades de la Un. Rey Juan Carlos, Madrid, www.albolafia.com), e *Revista de Derecho Político* (Uned, Madrid). In francese, *Revue internationale de droit comparé* (Société de Législation Comparée, Paris); *Pouvoirs* (Seuil, Paris); *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (Lgdj, Paris); *Revue internationale de droit comparé* (Société de législation comparée, Paris); *Revue de droit international et de de droit comparé* (Bruylant, Bruxelles). In inglese, *ICON-International Journal of Constitutional Law* (Oxford U.P., Oxford); *American Journal of Comparative Law* (The American Society of Comparative Law, USA); *International & Comparative Law Quarterly* (Cambridge U.P., Cambridge); *Comparative Law Review* (Associazione di Diritto Comparato, Perugia). In italiano, *Diritto pubblico comparato ed europeo* (Giappichelli, Torino; dal 2015 il Mulino, Bologna); *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (Esi, Napoli); nonostante il titolo circoscritto, utili apporti generali e documentazione comparatistica anche in *Federalismi.it*, telematica. In tedesco, *Archiv für öffentliches Recht* (Mohr, Tübingen). In America latina, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Unam, México); *Revista de Derecho Comparado* (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires); *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Fundación Konrad Adenauer, Un. del Rosario, Bogotá).

Enciclopedie

M.T. KAMMINGA (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2^a ed., Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014. Voci comparatistiche in: *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano); *Novissimo digesto italiano* (Utet, Torino); *Digesto delle discipline pubblicistiche* (Utet, Torino); *Enciclopedia giuridica* (Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma). In particolare: M. ROTONDI, *Diritto comparato*, in *Nss. dig. it.*, V, 1960, rist. 1981; G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, 1989; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione*, in *Dig. priv.*, Sez. civ., III, 1988.

Collane

In italiano, *Si governano così*, diretta da C. Fusaro (il Mulino, Bologna); *Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali*, diretta da N. Olivetti Rason e L. Pegoraro (Giappichelli, Torino); *Ricerche di diritto pubblico comparato*, diretta da L. Pegoraro (Bup, Bologna); *Oltre finisterae. Collana di studi comparatistici*, diretta da L. Pegoraro e A. Rinella (Filodiritto, Bologna); *Costituzionalismi difficili*, diretta da M. Carducci (Pensa, Cavallino – Lecce). A livello divulgativo, in francese, molti volumi delle collane (non solo giuridiche) *Que-sais-je?* (Puf, Paris), e *Collection 128* (Armand Colin, Paris); in inglese, *Very Short Introductions* (Oxford U.P., Oxford); in tedesco, *C.H. Beck Wissen* (C.H. Beck, München); in inglese, *Constitutional Systems of the World*, diretta da P. Leyland e A. Harding (Hart, Oxford).

Sussidi

Dizionari e glossari: J.R. FOX, *Dictionary of International and Comparative Law*, Oceana, Dobbs Ferry, 2003; L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009 (in spagnolo, *Glosario de Derecho Público Comparado*, ed. a cura di E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012); D. DIMOULIS (ed.), *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

Raccolte di materiali: M. CARDUCCI, *Atlante normativo di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999; ID., *Tecniche costituzionali di argomentazione formazione comparazione*, Pensa multiMedia, Lecce, 2003; R. TARCHI, *Corso di Diritto comparato. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 1999; G. AJANI, P.G. MONATERI, *Casi e materiali di Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1998; G. AJANI, M. ANDERSON, E. ARROYO AMAYUELAS, B. PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Un. de Barcelona, Barcelona, 2010; G.F. FERRARI (ed.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Utet, Torino, 2010; G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013; S. BAGNI, G. PAVANI, M. NICOLINI, F. ROSA, *Materiali essenziali per un corso di Diritto costituzionale comparato*, Filodiritto, Bologna, 2016.

Capitolo I

Il metodo comparativo: shortcut per capire il mondo

SOMMARIO: 1. Delimitare il campo: “diritto”; “costituzione”; “comparare”. – 2. La lunga marcia del diritto comparato. – 3. Diritto comparato, diritto costituzionale comparato, diritto straniero, diritti interni: i ponti e gli abissi. – 4. Le componenti visibili e sommerse nel diritto comparato: formanti, crittotipi, diritto muto. – 5. Il diritto comparato e le cicatrici della storia (le frontiere): al di là di *finisterrae*. – 6. Oltre il diritto: scienze non giuridiche, scienze giuridiche e la conoscenza del diritto comparato. – 6.1. Linguistica, traduttologia, diritto. – 6.2. Storia del diritto, il diritto come storia e storia delle dottrine politiche. – 6.3. Filosofia del diritto, sociologia e antropologia giuridica. – 6.4. Scienza politica e diritto comparato tra *sein* e *sollen*. – 6.5. Scienze sociali al servizio della comparazione: economia, statistica, geografia, psicologia. – 7. Classificazioni, elementi pertinenti, elementi determinanti. – 8. Modelli e dinamica dei modelli. – 9. Livelli di comparazione. – 10. Teleologia e strumentalità della comparazione: le funzioni ausiliarie. – 10.1. Capire sé stessi attraverso gli altri: lo studio del proprio diritto. – 10.2. Assistere il legislatore. – 10.3. Costruire diritti comuni: l’unificazione e l’armonizzazione del diritto. – 10.4. Offrire basi al *reasoning* giudiziale. – 11. Le differenze e l’uniformazione globalizzante.

1. Delimitare il campo: “diritto”; “costituzione”; “comparare”

Il diritto costituzionale comparato è, in primo luogo, una variabile della parola “diritto”. Come ammonisce H.P. Glenn, «La storia della nozione di diritto comparato è strettamente legata alla storia del diritto occidentale. Nelle altre tradizioni giuridiche del mondo, non esiste una nozione di diritto comparato»¹. I giuristi occidentali, peraltro, quando studiano gli altri diritti, applicano a essi, spesso anche se non sempre, la concezione occidentale di “diritto”. Diversa sarebbe dunque la comparazione dentro il diritto occidentale, da quella che si espande anche ad altre storie, aree, concezioni.

Occorre uno sforzo in più, per i comparatisti/costituzionalisti occidentali e liberal-democratici: accettare e impadronirsi di concetti che sono estranei, come quello di “*amae*” (armonia) nel diritto giapponese, di “*fa*” e di “*li*” nel diritto cinese, di “*dharma*” nel diritto indù, di *ubuntu* nel diritto africano, di “*sumak kawsay*” nell’idioma kichwa, ecc., che non solo condizionano pre-giuridicamente, ma vertebrano il modo di intendere quello che da noi si chiama “diritto”. Ciò, senza rinunciare al metodo giuridico come concepito nella no-

¹ H.P. GLENN, *Vers un droit comparé intégré?*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999, p. 841.

stra cultura giuridica, pena il rischio di affondare in scienze considerate autonome e distinte, come la sociologia o l'antropologia².

Tutto ciò vale quando oggetto di analisi è il mondo nella sua globalità, o parti del mondo che non accettano, o accettano solo in parte, concezioni occidentali di "diritto". Quando l'indagine comparatistica verta su queste ultime, il problema non si pone, esistendo concordanza sull'esistenza di un metodo giuridico o, quanto meno, idee condivise per intendere cosa è giuridico e cosa no (nonostante aree di indifferenza, o aree considerate ibride, che caratterizzano ciascun ordinamento: in alcuni paesi può essere considerato giuridico ciò che in un altro paese non lo è)³.

È inoltre una variabile di "costituzione". L'aggettivo "costituzionale" deriva dal sostantivo "costituzione". I vari significati di questa espressione – formale, sostanziale, materiale – saranno illustrati più avanti⁴.

Il diritto comparato studia le costituzioni (il diritto costituzionale) anche con riferimento a ordinamenti dove non c'è o non c'era la disciplina accademica (ad es. la Spagna franchista, nella quale si insegnava "*Derecho político*"⁵); a ordinamenti che non hanno costituzioni formalizzate, pur aderendo ai valori del costituzionalismo (ad es. il Regno Unito); a ordinamenti che hanno costituzioni formalizzate ma totalmente difformi nei contenuti dalle ideologie liberali o liberal-democratiche (ad es. gli ordinamenti del socialismo reale); a ordinamenti che non hanno né costituzione in senso formale, né condivisione dei principi del costituzionalismo.

Sia che accetti, sia che rifiuti le concezioni sostanzialistiche di "costituzione", chi studia in chiave comparata le costituzioni vi associa di solito anche lo studio del costituzionalismo, ovvero delle dottrine liberali sette-ottocentesche che rivendicavano una costituzione liberale. Di più: i comparatisti studiano sotto l'etichetta del diritto costituzionale comparato, oltre alle dottrine politiche ispiratrici, anche la storia dei vari sistemi, e spesso il contesto socio-economico. L'aggettivo "costituzionale" ha dunque un senso ancora più largo, se

² La dottrina sul metodo è immensa: oltre al classico K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Göttingen, 1960 (trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966), v. la magnifica voce *Metodo giuridico* di U. SCARPELLI nella *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2* (a cura di G. CRIFÒ), Milano, 1972, p. 411 ss. (anche in ID., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 179 ss.); F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., Springer, Wien, 1991; K. LARENZ, C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1995; F. MÜLLER, R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, 8ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2002; E. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Stämpfli, Bern, 1998; H.M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen. (Zu den Implikationen der juristischen Arbeitsmittel)*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 1999.

³ Vedi A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Prefazione* a L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. del libro di L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971), Giappichelli, Torino, 1996, p. XXXV: «La nozione occidentale di diritto si rivela insufficiente a promuovere un'indagine effettivamente macro-comparatistica, idonea ad individuare gli archètipi categoriali». E, a commento di un caso valutato da una Corte di *common law*, nel quale erano implicati il concetto di amicizia e la simbologia del sangue nella scrittura di un contratto, P. GOODRICH, *Interstitium and Non-Law*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 227: «The Western concept of friendship does not seem directly applicable and so immediately, straight off, first line of the opinion, the juridical paradigm, the legal decision, has to be supplemented, confronted, aligned to disciplines and knowledges other than law».

⁴ V. cap. IV.

⁵ Sulle radici della denominazione, Ó. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, F. REVIRIEGO PICÓN, M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, I, *Constitución y fuentes del Derecho*, 5ª ed., Arecos-Uned, Madrid, 2011, p. 35 ss.

associato a “diritto”, di quello che potrebbe derivare dal sostantivo “costituzione”.

Infine, diritto costituzionale comparato è una variabile di “comparare”.

“Comparare”, nel linguaggio comune come in quello scientifico, significa “paragonare”, “confrontare”⁶. Si suppone, esprimendo giudizi valutativi sul confronto (o paragone), basati su svariati fattori oggettivi e soggettivi (ad es., nel caso di due smeraldi, la grandezza, la luce, la purezza, il taglio, il prezzo, il rapporto qualità/prezzo, ecc.)⁷.

Nel meta-linguaggio universitario, si è sviluppato anche un senso di “diritto costituzionale comparato” che non tiene conto dell’etimologia e del senso comune della parola: in una prima (e impropria) accezione, il significato pare essere più esteso: include operazioni comparative, ma *anche* è un sinonimo di “diritto straniero”. Ciò senz’altro si riconnette all’esigenza di studiare il diritto costituzionale, o quello amministrativo, o penale, e via dicendo, da una prospettiva più ampia di quella nazionale. In una seconda (e corretta) accezione, comparare significa – dopo avere analizzato il *comparandum*, ossia quello che si assume a oggetto di analisi – fare i confronti, con tutte le premesse, le conseguenze, le implicazioni, i problemi e le scelte valutative che ciò comporta⁸.

⁶ Si veda per ora N. JANSEN, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 306. Per S. McEVROY, *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, cit., p. 145, «Comparative law means firstly or usually the comparison between two or several more or less distinct and different legal ‘systems’ or the laws of those systems on the same particular issues», ma questa definizione è riduttiva rispetto a concezioni più ampie. Un complessivo tentativo definitorio (o, meglio, la difficoltà di definire) si può ricavare dalla lettura del libro di V.C. JACKSON, M. TUSHNET, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, Westport-London, 2002.

⁷ Sulle definizioni di “diritto comparato” si vedano le voci di: M. ROTONDI, *Diritto comparato*, in *Nss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1960, rist. 1981, p. 819 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, Ist. enc. it., Roma, 1989, p. 1 ss.; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione*, in *Dig. priv.*, Sez. civ., III, Utet, Torino, 1988, p. 48 ss. Sui profili metodologici della comparazione si vedano i manuali (specialmente di diritto privato) ricordati nella bibliografia generale; tra i comparatisti/costituzionalisti che si sono interessati al metodo cfr. i seguenti autori italiani: G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Torino, 1994; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002, trad. sp. parziale, *Introducción al Derecho Público Comparado*, Unam, México, 2006, e Palestra, Lima, 2006; ID., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007; ID., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, il Mulino, Bologna, 2006, trad. sp. *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2010; L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, e Un. Libre, Bogotá, 2012 (spec. parti I e II); ID., *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 305 ss., trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parassitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, p. 265 ss., e in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 1 ss.; vari saggi raccolti in ID., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017. Tra i francesi prevale la commistione con la teoria generale o con la scienza politica. Pure tra i costituzionalisti tedeschi contemporanei (Häberle, von Bogdandy, e altri) si tende verso approcci teorici-generalisti. In Spagna la disciplina quasi è assente nelle Università; vedi però la *Revista general de Derecho público comparado*, Iustel, Madrid. In America latina si pubblicano spesso ottimi lavori comparatistici, ma quasi nessuno scritto metodologico. (V. comunque in México la rivista *Isotimia*, n. 4, 2011, monografico, “Estudios sobre metodología del Derecho Comparado”). Sulla situazione degli studi costituzional-comparatistici v. i numeri monografici di *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014, e di *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013.

⁸ Secondo A. WATSON, *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977, 2^a ed., trad.

Naturalmente, l'attività comparativa – in qualunque campo, dai gioielli al diritto – comporta la conoscenza dei singoli oggetti (qui, il diritto straniero) che si studiano. C'è perciò il problema se anche lo studio dei singoli oggetti faccia parte della comparazione o, meglio, di una scienza, di un metodo, di una disciplina accademica chiamata “comparazione” nelle sue varie declinazioni (anatomia comparata o diritto costituzionale comparato)⁹.

Il diritto costituzionale è studiato dai ricercatori interni (i giuristi dommatici, di diritto nazionale) con sensibilità diverse, che dipendono dall'accentuazione dell'uno o dell'altro senso dell'espressione “costituzione”. Difficilmente, però, anche il più formalista dei costituzionalisti rinuncerà a spiegare l'origine storico-politica delle norme, a considerare le prassi applicative, a denunciare lo scarto tra lessico costituzionale (la forma) e ciò che accade (la sostanza, la materia); così pure, il più tenace dei sostanzialisti/materialisti/realisti non potrà discostarsi dal testo¹⁰.

2. La lunga marcia del diritto comparato

«La scienza del diritto comparato è un prodotto delle scienze giuridiche moderne». Così Kohler introduceva, al congresso di Parigi del 1900, la questione relativa alla genesi del diritto comparato. Tuttavia è innegabile che sin dall'antichità è possibile scorgere tracce di comparazione giuridica nell'interesse verso il diritto straniero, nella curiosità scientifica che induce a guardare oltre il proprio diritto.

Aristotele, nel trattato su *La politica*, sviluppa le sue riflessioni e articola le sue classificazioni sulla base dello studio comparato di oltre 150 costituzioni di città greche o barba-

it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, proprio lo studio del *legal borrowing* rappresenta non solo l'oggetto, ma anche il criterio orientativo dell'analisi comparatistica, in polemica con la visione descrittivistica di C. DONAHUE, *Comparative Legal History in North America*, in *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, n. 65, 1997, p. 1 ss. (In questo senso, M. SERIO, *Presentazione della traduzione italiana*, p. XII.)

⁹ Sulla comparazione nelle scienze sociali N.J. SMELSER, *Comparative Methods in the Social Sciences*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1976, trad. it. *La comparazione nelle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1982; G. SARTORI, I. MORLINO (eds), *La comparazione nelle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1991. V. anche G. GAN- GEMI, *Il metodo della comparazione: un percorso storico*, in *Quad. soc.*, n. 33 (7), 1987, p. 131 ss.

¹⁰ Esempi di questo modo di intendere la comparazione si trovano anche in opere famose e importanti: da quelle di A. POSADA, *Tratado de Derecho Político*, II, *Derecho Constitucional Comparado de los principales Estados de Europa y de América*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1893-1894, e di M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 4ª ed., Alianza, Madrid, 1984, al trattato di P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, 3 voll., Lgdj, Paris, 1950-1952. Testimoniano l'uso ampio delle parole “diritto pubblico comparato”, anche nel caso della docenza universitaria, volumi che attestano l'interesse dei docenti di svariati paesi per gli ordinamenti stranieri, e tuttavia nell'ambito di insegnamenti rigorosamente denominati “*Derecho constitucional*” (... o, in portoghese, “*Direito constitucional*”). Cfr. per es. i volumi di J. TAJADURA TEJADA, *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Grijley, Lima, 2001, e di C. BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional*, II, *Relatório*, in *Rev. Fac. Dir. Un. Lisboa*, Coimbra ed., Lisboa, 2001. Nella manualistica, quasi tutti quelli di diritto costituzionale (o pubblico) interno contengono ampie premesse generali, storiche e comparatistiche: ad es., tra i tanti, in Brasile, A. RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012; in Perù, C. HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2012; in Argentina, A.R. DALLA VIA, *Manual de Derecho Constitucional*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2004; in Portogallo, i classici J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 11ª rist., Almedina, Coimbra, 2012, e J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4 voll., Coimbra ed., Coimbra (vari anni di edizione); C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, Coimbra ed., Coimbra, 2008; ecc.

re¹¹. Così, secondo un'interpretazione della dottrina, lo stesso *jus gentium* sarebbe il prodotto di un processo comparativo con i diritti stranieri. Nel medioevo il diritto romano si confronta con le consuetudini locali ponendo in qualche misura un problema di comparazione. Si tratta tuttavia di forme embrionali di comparazione, ben lontane dalla configurazione di un metodo scientifico in senso proprio.

In una fase precedente al XIX secolo, alcuni grandi giuristi, con i loro studi e l'elaborazione di concetti giuridici nuovi, pur mancando di conoscenze storiche esatte, contribuiscono in qualche modo alla nascita del diritto comparato, sì da poterli considerare alla stregua di precursori¹². Tra questi occorre ricordare Sir John Fortescue, che nella sua opera più nota, il *De laudibus legum Angliae*, si dedica alla comparazione delle più rilevanti istituzioni politiche e giudiziali dell'Inghilterra con il diritto continentale francese¹³. Pur mancando di un metodo e di una visione obiettiva, questo scritto rappresenta un primo tentativo di confronto tra ordinamenti e leggi, del quale nei secoli successivi altri giuristi inglesi, come William Fulbecke, Francis Bacon, John Selden, fino a Lord Mansfield, seguiranno l'esempio¹⁴.

L'interesse per il diritto straniero si manifesta anche negli Stati Uniti, dove la tensione delle colonie verso l'indipendenza porta in primo piano la questione del modello giuridico cui ispira il sistema giuridico nascente. È noto che Thomas Jefferson, padre della Dichiarazione d'indipendenza di Filadelfia del 1776, auspicava il recepimento del modello giuridico francese¹⁵.

Tra i francesi, poi, oltre a Toqueville si staglia l'opera di Montesquieu, il quale contribuisce in modo determinante al passaggio degli studi di diritto comparato dall'ambito in-

¹¹ Ne accennano R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^a ed., Dalloz, Paris, 2002, trad. it. *I grandi sistemi giuridici*, 5^a ed. coordinata da R. SACCO, Cedam, Padova, 2004, p. 1 (ed. aggiornata, R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^a ed., Dalloz, Paris, 2016); *La Politica* di Aristotele (pubblicata in italiano, tra altri, da Rizzoli, Milano, 2002), dopo i due libri sullo Stato ideale, presenta nei libri IV-VI un esame delle forme costituzionali emergenti dalla storia costituzionale delle città greche.

¹² Per una esaustiva panoramica dei precursori del diritto comparato v. L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 49 ss.

¹³ Vedi E.F. JACOB, *Sir John Fortescue and the Law of Nature*, Manchester U.P., Manchester, 1934; E. HEYMANN, *Fortescue's "De Laudibus Legum Angliae"*, in AA.VV., *Festschrift Ulrich Stutz zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern*, Böhlau, Weimar, 1938, p. 58 ss.; S.B. CHRIMES, *Sir John Fortescue: De Laudibus Legum Anglie*, a cura e tradotto da S.B. CHRIMES, Cambridge U.P., Cambridge, 1942.

¹⁴ W. FULBECKE, *A Parallele or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England*, Company of Stationers, London, 1602-1618, nel quale l'a. compara il *common law* con il diritto romano e con il diritto canonico. Cfr. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^a ed., Methuen & Co., London, 1956, I, p. 266 ss. Sir Francis Bacon (1561-1626) propone nei suoi scritti la formazione di un sistema di giustizia universale che, muovendo dal confronto tra i diritti vigenti, ne consenta un progresso e un miglioramento. L'idea è sviluppata in *De dignitate et augmentis scientiarum*, Cambridge, 1623. John Selden (1584-1654), nel sottolineare la centralità della comparazione nello studio del diritto, mette in risalto l'approccio storico guardando all'evoluzione dei diritti stranieri, in particolare dedicandosi allo studio delle influenze del diritto romano sull'ordinamento inglese. Le opere principali di J. SELDEN sono *Table Talk*, Smith, London, 1689, e *Ad Fletam Dissertatio* (1647), Cambridge U.P., Cambridge, 1925. V. in proposito A. HUG, *The History of Comparative Law*, in *Harvard L.R.*, n. 45, 1932, p. 1027 ss. Sul contributo di Lord Mansfield vedasi C.H.S. FIFOOT, *Lord Mansfield*, Clarendon, Oxford, 1936.

¹⁵ Vedi J.N. HAZARD, A. SCHLADITZ, *Le développement du droit comparé aux États-Unis d'Amérique*, in AA.VV., *Livre du Centenaire de la Société de Législation comparée*, II, *Évolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, Lgdj, Paris, 1971, p. 338 ss.; R. POUND, *Comparative Law in the Formation of American Law*, in *Am. L.R.*, n. 1, 1928, p. 183 ss.

terno all'ordinamento francese a quello esterno. Soprattutto nell'*Esprit des lois*, dimostra una particolare attitudine nella comparazione delle leggi e delle consuetudini dei popoli. Egli non si limita a mettere in risalto le differenze tra i diritti, ma tenta di porre in luce le cause di tali differenze, ricercandole nelle diverse strutture sociali, nella politica, nel costume, nella religione. Montesquieu intuisce che il complesso di questi fattori è il solo a poter spiegare le peculiarità delle leggi e delle regole di ciascun paese, la conoscenza delle quali sarebbe del tutto insufficiente se si limitasse al confronto dei testi legali¹⁶.

Tra i precursori vanno altresì annoverati studiosi del calibro di Ugo Grozio (1583-1645), la cui cultura enciclopedica gli consentiva di mettere a confronto i diversi diritti dei popoli nelle varie fasi storiche; Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), che, muovendo da una visione universale della storia, rifiutava di considerare il diritto romano come unica fonte e guardava alla storia dei diritti dei popoli come base dello studio del diritto comparato; Giovanni Battista Vico (1668-1744), il quale perseguiva l'idea di una unità tra diritto naturale e principi giuridici positivi che attraverso la comparazione giuridica era possibile mettere in luce.

I profondi mutamenti nella concezione del diritto spingono verso una rinnovata attenzione nei confronti dei diritti stranieri, spesso per ricercare altrove innovazioni e soluzioni giuridiche da importare attraverso profonde riforme. Concorrono altresì in questo processo evolutivo le idee rivolte a un diritto universale e le suggestioni derivanti da altre scienze ove, col metodo della comparazione, si conseguono risultati di grande successo. (Si pensi all'anatomia e alla linguistica comparata.)

Nella prima metà del XIX secolo la ricerca nel campo dei diritti stranieri si diffonde nella comunità dei giuristi europei. Accanto a profili di natura teorica, si fa spazio anche l'esigenza di avvalersi dello studio del diritto straniero nella prospettiva di una politica legislativa interna desiderosa di cimentarsi sul piano delle riforme. La forza espansiva degli studi svolti in Germania (scuola storica: da Savigny a Eichhorn e Puchta, e scuola di Heidelberg: Thibaut, Zachariae, Gans y Mittermaier) riesce a penetrare anche la cultura giuridica francese¹⁷; in Gran Bretagna, lo studio dei diritti stranieri risponde in questa fase a esigenze strettamente pragmatiche, connesse all'espansione dell'impero coloniale britannico¹⁸. Negli Stati Uniti, per altro verso, i primi approcci allo studio del diritto straniero sono alimentati dai pochi che avversano il diritto inglese e aspirano ad affrancarsi dall'influenza culturale della Gran Bretagna¹⁹.

¹⁶ Sull'opera di Montesquieu (1689-1755) v. gli atti del congresso *Il Centenaire de l'Esprit des lois de Montesquieu*, Delmas, Bordeaux, 1949. In particolare, gli interventi di A. MASSON, *Naissance et fortune de "L'Esprit des lois"*, p. 20 ss.; G. DAVY, *Montesquieu et la Science politique*, p. 128 ss.; M. DUVERGER, *Montesquieu et notre temps*, p. 232 ss. Più recentemente, R. LAUNAY, *Montesquieu, The Spectre of Despotism and the Origins of Comparative Law*, in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, p. 22 ss.

¹⁷ Per una visione generale della problematica, cfr. P. KOSCHAKER, *L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne*, in AA. VV., *Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-Lgdj, Paris, 1938, I, p. 274 ss., e specialmente il grande libro di F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II, ed. riv., Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Giuffrè, Milano, 1980.

¹⁸ Nel 1839 W. BURGE pubblica i suoi *Commentaries on Colonial and Foreign Laws*, Saunders & Benning, London. Di quest'opera viene curata una nuova edizione, in cinque volumi, nel periodo 1907-1928, a cura di A. RENTON, G.G. PHILLIMORE, Sweet & Maxwell-Stevens & Sons, London. Per alcune osservazioni sul contenuto dell'opera di Burge, cfr. A. HUG, *The History of Comparative Law*, cit., p. 1064, nt. 160.

¹⁹ J. KENT, *Commentaries on American Law*, 4 voll., Halsted, New York, 1826-1830 (15ª ed. a cura di J. ROLAND, 1997-2002).

Gli studi comparatistici riprendono vigore nella seconda metà del XIX secolo per effetto del fenomeno di circolazione dei modelli codicistici, specie del modello francese, nei paesi dell'Europa orientale e dell'America del Sud. In questo periodo gli studi si rivolgono principalmente alla "legislazione comparata", vale a dire alla conoscenza delle leggi e dei codici stranieri, nel convincimento – tipico dell'epoca delle grandi codificazioni – che il diritto intero sia racchiuso nei testi legislativi. Prevale pertanto una comparazione che non riesce ad andare oltre la giustapposizione dei testi e non distingue lo studio del diritto straniero dallo studio del diritto comparato²⁰.

Con l'inizio del XX secolo, segnato indelebilmente dal già citato congresso internazionale di diritto comparato svoltosi a Parigi nel 1900, gli studiosi della comparazione giuridica pongono il dilemma sulla natura e l'identità della loro disciplina: ci si chiede se si tratti di un metodo o di una scienza autonoma, e si avverte la necessità di individuare l'oggetto, le condizioni e il modo di conduzione degli studi di diritto comparato.

Nel corso del '900, la dottrina comparatistica prende coscienza della rilevanza del diritto comparato nel panorama delle scienze giuridiche e dà avvio a una riflessione e a un confronto su scala internazionale. Il centro di riferimento per i cultori del diritto comparato è la Francia, dove si guarda a questo filone di indagini giuridiche con spiccati intenti pratici. Si guarda cioè alle utilità che, in termini di politica legislativa e di riforma dell'ordinamento giuridico, possono trarsi dallo studio di ordinamenti stranieri, purché condotto con sistematicità e rigore metodologico. In questa prospettiva, spicca la concezione pratica del diritto comparato, cioè quella concezione che ne mette in risalto l'utilità nello scenario delle discipline giuridiche e nell'arena della giurisprudenza. Questo orientamento abbraccia in Francia due filoni di pensiero: da un lato coloro che, come Lambert, vedono nel diritto comparato principalmente uno strumento di educazione giuridica; dall'altro, il secondo orientamento – che fa capo principalmente a Saleilles, ma che era già stato in passato additato da Feuerbach e da Mittermaier – guarda al diritto comparato non come a uno strumento di speculazione scientifica mirato alle osservazioni di natura storica, sociologica, etnologica sui fenomeni giuridici, ma piuttosto come a un sofisticato strumento di politica legislativa, il quale, attraverso l'analisi dei modelli stranieri, permetta di orientare al meglio l'evoluzione del diritto nazionale, e di politica giurisprudenziale.

In Inghilterra, almeno fino alla metà del XX secolo, prevale l'orientamento che assegna al diritto comparato un ruolo empirico e marginale nel panorama delle scienze giuridiche (Maine, Holland, Bryce e Salmond).

È estremamente diffusa, come denotano le opinioni sopra citate, l'idea che la comparazione abbia in primo luogo una valenza metodologica. Si pensi a Rabel e a Kaden, ma ancor più spiccano le proposizioni di Gutteridge, David e Zweigert, nel secondo dopoguerra, le quali ancora oggi dimostrano il loro valore. Quella che però nel corso del XX secolo si è andata affermando con forza è l'idea della necessità di un approccio comparativo al diritto

²⁰ Proprio questo aspetto – sottolinea A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 51, richiamando É. LAMBERT, *La fonction du droit comparé*, Giard & Brière, Paris, 1903, p. 8 ss. – «venne stigmatizzato in coincidenza con la nascita del diritto comparato come scienza autonoma, che doveva finalmente assumere compiti diversi da quelli in qualche modo affidati alla materia dai cultori di altri campi del sapere giuridico. Ai comparatisti si chiedeva infatti di informare circa il tenore di leggi straniere, ad esempio quelle di interesse per le Corti in virtù dei rinvii disposti dal diritto internazionale privato, oppure quelle utili agli operatori economici interessati a conoscere le regole concernenti il funzionamento dei mercati esteri».

per una conoscenza ampia e una comprensione profonda della dimensione giuridica dei fenomeni delle società contemporanee. Diversamente, la scienza del diritto rischierebbe di essere confinata negli angusti confini nazionali.

Oggi, tra i comparatisti costituzionalisti, la manualistica è ricca e importante, come pure sono numerosi, in molti paesi, i saggi e le monografie di diritto costituzionale in senso stretto, che categorizzano istituti, individuano modelli, mettono a confronto due o più ordinamenti o loro componenti; la produzione scientifica orientata alla posizione e soluzione di problemi metodologici e teorici è però scarsa. Negli stessi corsi universitari – insegna l'esperienza – ben pochi docenti prepongono all'insegnamento dei temi sostanziali quell'indispensabile supporto metodologico che costituisce la stessa ragione d'essere della comparazione giuridica; le trattazioni generali – illustrate, tra i privatisti, da lavori talvolta monumentali quali i trattati o i manuali di Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert e Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff, e altri ancora, sono assenti, con rare eccezioni, nel settore del diritto pubblico e costituzionale²¹.

Nel diritto costituzionale comparato occorre allora fare riferimento alle elaborazioni dei comparatisti di matrice civilistica, per lo meno nei settori di interesse comune: metodo, fonti, famiglie e sistemi giuridici, classificazioni, macrocomparazione in generale²².

3. Diritto comparato, diritto costituzionale comparato, diritto straniero, diritti interni: i ponti e gli abissi

Anche se questo libro è dedicato al diritto *costituzionale* comparato, i problemi definitivi (scienza o metodo?) riguardano in primo luogo la comparazione giuridica in generale. In effetti, in pochi si sono posti il problema del diritto costituzionale comparato come scienza e/o come metodo, mentre da sempre tutti si sono preoccupati di prendere posizione sul dilemma se il diritto comparato *tout-court* sia l'una e/o l'altra cosa (o a negare l'importanza del problema).

L.-J. Constantinesco, ad es., riassume la questione in questo modo: da una parte stanno autori (del passato e del presente) che, con vari argomenti, o per semplice mancanza di curiosità, negano qualsiasi interesse della questione, ascrivendole un rilievo meramente accademico: tra essi soprattutto gli anglosassoni (i nomi citati sono quelli di McDougal e Gutte-

²¹ Cfr. la bibliografia di base.

²² Per i profili storici e i fondamenti della comparazione, tra le opere collettanee più significative: in italiano, L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. degli studi di Trento, Trento, 2012. Nella letteratura in altre lingue: M. ROTONDI (ed.), *Buts et méthodes du droit comparé*, Cedam, Padova, 1973; K. BAELE-WOELKI, F.W. GROSHEIDE, E.H. HONDIUS, G.J.W. STEENHOFF (eds), *Comparability and Evaluation*, Kluwer, Norwell, 1994; V. GROSSWALD CURRAN (ed.), *Comparative law: An Introduction*, Carolina Academic Press, Durham, 2002; P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; A. HARDING, E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in The 21st Century*, Kluwer, The Hague, 2003; M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, Portland, 2004; J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005; M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.; E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (eds), *Comparative law: A Handbook*, Hart, Oxford-Portland, 2007; M. BUSSANI, U. MATTEI (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012; P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, cit.

ridge, convinti a priori che la comparazione sia un metodo, e che quindi non valga la pena di studiare oltre), ma anche famosi studiosi tedeschi e francesi, tra i quali Zweigert e Ancel²³.

Una seconda (e maggioritaria) posizione, tra i cui sostenitori compaiono Lambert, Kaden, Jescheck, F. Pollock e David, oltre allo stesso Gutteridge, è di chi afferma che il diritto comparato è un semplice metodo²⁴.

Infine – a parte chi sostiene l'esistenza di una “scienza comparativa generale”, al servizio del diritto come di altre scienze (Rabel, Rothacker, Ficker) – un settore della dottrina è convinto che il diritto comparato sia *anche* una scienza autonoma del diritto (Lambert, De Sola Cañizares, Saleilles, de la Grasserie, Lévy-Ullmann, Sauser-Hall, Weiss, Sarfatti, Martínez Paz, Riese, Arminjon-Nolde-Wolff, accomunati dal loro *Trattato*, Balogh, Neuhaus, Dölle, Rothacker, Ficker, Otetelisano, Fontana, Rotondi). A lato starebbe chi è convinto che il diritto comparato è un metodo suscettibile di evolversi in una scienza, come Blagojevic. Lo stesso Constantinesco giunge alla singolare conclusione che il diritto comparato è scienza quando studia i grandi sistemi e le loro relazioni, ed è metodo quando fa microcomparazione²⁵.

Sicuramente, la comparazione è un metodo, se si intende che “metodo” è un «modo di procedere, sistematico e funzionale, in una attività teorica o pratica, volto a garantire il conseguimento del fine predefinito», e anche «un procedimento razionale da seguire nella impostazione e nella soluzione dei problemi», ovvero, in senso esteso, il procedere con «sistematicità, ordine e rigore nell'impostazione di una determinata attività»; ma altrettanto sicuramente è scienza, se con la parola “scienza” si intende «una conoscenza organica e sistematica complessa, determinata da un principio rigoroso di verifica della sua validità»²⁶. Ci sono più dubbi se sia scienza il diritto costituzionale comparato, perché ancora, forse, i comparatisti costituzionalisti non hanno posto basi “specialistiche”, organiche, uniformi, metodologicamente autonome, per studiare l'oggetto delle loro ricerche: le costituzioni.

C'è una cosa che accomuna chi studia il proprio diritto costituzionale a chi studia uno o più diritti stranieri; e c'è una cosa che distingue costoro, da chi studia il diritto costituzionale comparato: per tutte e tre le categorie è uguale l'oggetto di indagine – la costituzione –, ma solo in parte, perché per il comparatista lo studio verte su *più* costituzioni; nelle due prime categorie, obiettivi e metodo coincidono; tra le due prime e la terza sono diversi tanto gli obiettivi che il metodo.

In ogni caso, l'accostamento culturale è profondamente differente: il costituzionalista e in genere il giuspubblicista “domestico” muovono da un quadro dato, che interpretano con operazioni concettuali esclusivamente interne (insomma, il loro lavoro è *top-down*, non diversamente da quello dei giudici e degli avvocati), al contrario del comparatista il quale, muovendo da analisi empiriche, costruisce categorie concettuali che gli consentono di

²³ L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971, trad. sp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981, tr. fr. *Introduction au droit comparé*, in *Traité de droit comparé*, I, Lgdj, Paris, 1972, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 177 ss.

²⁴ V. la relazione di F. POLLOCK, in AA.VV., *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et Documents*, Lgdj, Paris, 1905-1907, I, p. 60.

²⁵ V. L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 221 ss.

²⁶ Cfr. per es. le definizioni di G. GABRIELLI, *Grande dizionario illustrato della lingua italiana*, 2 voll., Mondadori, Milano, 1989, II, p. 2182 e p. 3335.

classificare e di individuare analogie e differenze (il suo lavoro è dunque *bottom-up*), in esse sussumendo poi, se del caso, le fattispecie concrete²⁷.

L'importante è non confondere le due cose. Il comparatista non può avere l'ambizione di conoscere *tutti* i diritti interni; potrà penetrarne alcuni, oltre al proprio, al punto magari di conoscerli nei loro profili profondi al pari del proprio. Ma comunque avrà bisogno dell'apporto degli studiosi dei vari diritti interni, ben altrimenti specializzati e consapevoli delle strutture e del funzionamento di ciascun singolo ordinamento. Come un mucchio di mattoni che servono per costruire una casa ancora non è una casa, e l'opera del muratore non è quella dell'architetto, il comparatista ha bisogno delle informazioni e delle ricostruzioni degli studiosi nazionali per costruire o ricostruire il suo edificio scientifico. La difficoltà per i comparatisti pubblicisti consiste non solo nell'appropriarsi delle nozioni, ma soprattutto nel penetrare la *mentalità* con la quale la dottrina sistema gli studi relativi a qualsivoglia ordinamento. Mentalità a volte condizionata da peculiari prospettive filosofiche e metodologiche, e dalla sensibilità per l'impiego di scienze non giuridiche (in particolare la filosofia e la sociologia, ma non solo).

Una delle classiche distinzioni, cui i maestri del diritto comparato ci richiamano, è quella tra diritto straniero e diritto comparato, avvertendo che lo studio del diritto straniero – cioè altro, diverso da quello proprio dell'ordinamento statale cui appartiene l'autore, ritenuto pertanto noto – di per sé costituisce il *presupposto* della comparazione (il mezzo rispetto al fine), ma non va confuso con essa. L'esame comparato del diritto, infatti, segue la fase della conoscenza del diritto straniero (ignoto) e si concreta nel raffronto con un altro diritto (generalmente, il diritto dell'autore) al fine di coglierne somiglianze e differenze (e trarne ulteriori conseguenze)²⁸.

Lo studio del diritto straniero rappresenta la *condizione logica* della comparazione. Ma non è comparazione in senso proprio e compiuto. Anzi, questa fase dello studio di uno dei termini della comparazione presenta insidie notevoli; si pensi al pericolo di trasferire nel diritto straniero gli stilemi (i concetti, i modi, gli atteggiamenti mentali) del proprio diritto di origine²⁹. Lo testimoniano molti studi in materia di diritti e libertà: per lo più, i costituzionalisti occidentali continuano ad applicare le loro categorie nell'interpretazione di disposizioni e di sistemi che mai hanno elaborato dottrine e teorie dei diritti individuali.

Le operazioni concettuali che fa un costituzionalista interno, che studia cioè l'ordinamento dove è nato e/o vive e lavora, sono identiche a quelle che fa lo studioso di un diritto straniero. La mentalità è la stessa, con una eccezione che vale per entrambi: se lo studio del proprio diritto, oppure di un diritto straniero, è preordinato a classificare i medesimi in

²⁷ È convinta dell'impossibilità di essere al contempo comparatisti e studiosi di diritto interno B. FAUVARQUE-COSSON, *Development of Comparative Law in France*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 61 («it is impossible to be both a comparatist and a good French lawyer»).

²⁸ Si vedano gli scritti di G. GORLA, *Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo*, in *Foro it.*, 1980, parte V, col. 14 ss., e di R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 267 ss. La constatazione è talmente generalizzata nella dottrina, che c'è da meravigliarsi che qualcuno ancora pensi il contrario e confonda le due cose. (V. per es., nel senso del testo, G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 391 ss.) «L'équation selon laquelle 'droit étranger = droit inconnu et droit interne = droit connu'» viene contestata da M.-C. PONTHEUREAU, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, p. 13.

²⁹ Sulla difficoltà di padroneggiare sistemi giuridici, istituti, e culture straniere v. ad es. R.A. POSNER, *Foreword: A Political Court*, in *Harvard L.R.*, n. 119, 2005, p. 31.

categorie più ampie, da usare come termine di raffronto, allora si tratta di una fase per fare vero diritto comparato. Diversamente, l'unico comparatista che resta non è il professore, ma il lettore, al quale sono affidate le operazioni concettuali di comparazione³⁰.

Come ricorda Sacco, tra uno studioso di diritti stranieri e un comparatista c'è la stessa differenza che corre tra un poliglotta e un linguista: «Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze»³¹.

4. Le componenti visibili e sommerse nel diritto comparato: formanti, crittotipi, diritto muto

La teoria dei formanti getta luce sull'esigenza di liberarsi di categorie monolitiche nella comprensione del diritto. L'espressione "formanti dell'ordinamento" è stata proposta da R. Sacco per indicare i diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell'ambito di un ordinamento, contribuiscono a generare l'ordine giuridico del gruppo in un determinato luogo e in un determinato tempo. L'idea che domina il giurista positivo che opera all'interno del singolo ordinamento è quella di ricercare «la sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza»; in altre parole, il principio della unicità della regola di diritto genera nel giurista il convincimento che regola legale, regola dottrinale e regola giurisprudenziale abbiano il medesimo contenuto e siano per ciò stesso intercambiabili. Dove fosse rilevabile una difformità, questa sarebbe da imputare a un errore dell'interprete³². Ma – osserva Sacco – questo iter logico non è suscettibile di estendersi all'analisi comparativa del diritto. Il comparatista che si pone di fronte al diritto straniero non ha il pieno dominio degli strumenti culturali e giuridici per cassare eventuali erronee interpretazioni; piuttosto, la considerazione di più sistemi giuridici mostra come i formanti, all'interno di ciascun sistema, si atteggino in modo diversificato. Non ci si può

³⁰ Come afferma S. MCEVOY, *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*, cit., p. 151, «A comparison, as in comparative law, may have no other purpose than to state the similarity of the terms or their difference». Secondo U. HEIDMANN, *Épistémologie et pratique de la comparaison différentielle*, in M. BURGER, C. CALME (eds), *Comparer les comparatismes*, Edidit-Arehè, Paris, 2006, p. 156, «è la registrazione delle differenze tra fatti e oggetti che devono essere comparati ciò che viene spesso trascurato o omesso a favore di una frettolosa osservazione di ciò che appare simile e, per estensione, universale». Correttamente J.H. MERRYMAN, presentando il volume J.H. MERRYMAN, D.S. CLARK, J.O. HALEY, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Michie Co., Charlottesville, 1994, p. 1, sostiene che «Most comparative law teaching and scholarship could more accurately be called 'foreign law' since its principal aim is to describe foreign legal systems». A nostro parere, ciò vale più per gli studi di diritto costituzionale che per quelli di diritto civile. Secondo G. GORLA, voce *Diritto comparato e straniero*, cit., p. 2 s., oltre alla «ricerca e l'accertamento delle differenze e/o delle somiglianze tra ordinamenti giuridici messi a confronto, o fra loro norme o istituti giuridici», le fasi ulteriori sono la spiegazione di tali somiglianze o differenze, e la valutazione dei diritti messi a raffronto. Significativo il titolo di un saggio di P. LEGRAND, *The Same and the Different*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, cit., p. 240 ss.

³¹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, in ID. (ed.), *Trattato di Diritto comparato*, p. 17, nt. 34 (6ª ed. 2015).

³² R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. journ. comp. law*, n. 2, 1991, p. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 43 ss.

limitare a comparare solo le leggi senza la conoscenza dei dati offerti dal contesto, come, per esempio, le tendenze della giurisprudenza, le diverse concezioni alle quali essa è soggetta, o gli orientamenti dominanti in dottrina. Né tanto meno senza i dati del contesto extra-giuridico: la cultura, l'economia, gli atteggiamenti sociali, ecc.

Negli ordinamenti contemporanei, i formanti principali sono la legge (in senso largo), la dottrina e la giurisprudenza; vale a dire l'insieme delle disposizioni adottate dal legislativo; l'insieme delle opinioni espresse dai dottori della legge; l'insieme delle decisioni dei giudici. Sacco rileva che all'interno di ciascun ordinamento regole legali, proposizioni dottrinali, massime giurisprudenziali, ma anche crittotipi³³, rappresentano i diversi insiemi cui il giurista positivo guarda per individuare la regola del caso concreto; il diritto vivo, dunque, attinge dai diversi formanti.

Occorre distinguere i principali formanti a seconda del loro ruolo in ciascun ordinamento. Per "formanti attivi" o "dinamici" si intende la serie di fenomeni giuridici – atti o eventi – che producono direttamente diritto autoritativo (in Occidente, la legislazione e, con varie distinzioni relative alla famiglia giuridica in cui opera, la giurisprudenza), che insieme alla dottrina (o più in generale alla "cultura"), e agli altri formanti espliciti o non verbalizzati (i crittotipi) concorrono a costruire gli ordinamenti giuridici.

Nella costruzione del diritto, la dottrina contribuisce ad alimentare i formanti dinamici, ma oggi, nel mondo occidentale, non produce direttamente diritto autoritativo. Però, non è stato sempre così in passato, né lo è ovunque oggi. Occorre dunque porre molta attenzione nel distinguere i formanti attivi o dinamici dagli altri, e sganciarsi dalla visione del positivismo legislativo – vate dell'"univocità della regola" – a favore di una visione (pure positivista) del diritto che assegni a ciascuno il suo ruolo, a seconda dei tempi e dei luoghi. Nel diritto romano, e fino alla Rivoluzione francese (e persino dopo, in Germania, grazie all'alimento della Pandettistica, e ad Andorra sino al 1993), a creare diritto erano anche i giureconsulti: la manifestazione più eclatante si ebbe con la celebre *Legge delle citazioni*, con cui nel 426 d.C. Teodosio II creò una sorta di *Stufenbau* delle opinioni dei giuristi, con al vertice della gerarchia Paolo, Ulpiano, Gaio, Modestino e via via altri, e criteri per risolvere le antinomie. Il diritto indù si basa ancora largamente (se pure in modo recessivo) sulle interpretazioni dei dotti raccolte tra il XII e il XVII secolo nei *nibandhas*, commentari del *Manusmṛti*, o *Codice di Manu*³⁴. Il diritto musulmano, che vincola 1300 milioni di persone, ha tra le sue fonti la *ijma*, ovvero l'opinione concorde della comunità (sunnita, non sciita) dei giuristi-teologi, o almeno dei giurisperiti più autorevoli, purché largamente condivisa e chiaramente formulata³⁵.

³³ *Infra*, in questo §.

³⁴ Una efficace sintesi delle fonti del diritto indù si trova in D. AMIRANTE, voce *Diritto indù e diritto indiano*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 97 ss., trad. sp. *Glosario de Derecho Público Comparado*, ed. a cura di E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012, p. 116 ss. Bibliografia più estesa *infra*, cap. V, sez. II, § 4.

³⁵ Cfr. M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, nuova ed., Laterza, Bari, 2000, p. 387 ss. Come ci ricorda M. OLIVIERO, voce *Diritto islamico*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 99 ss., «La scienza del diritto islamico (*ilm' al-fiqh*), è divisa in due grandi partizioni. Da un lato essa comprende le "radici" (*usūl al-fiqh*) e spiega per mezzo di quali procedimenti e quali fonti sono state reperite l'insieme delle disposizioni che costituiscono la *Shari'a*. Sono considerate "radici" nell'ordine: il Corano (*Qur'ān*), la sunna (*sunnat al-nābī*), il consenso (*iğmā*) e l'analogia (*qiyās*).

La distinzione tra i formanti attivi e gli altri è una variante di famiglie e epoche: solo nell'interpretazione *juriciste* del positivismo legistico la legge è l'unica fonte, il giudice *bouche de la loi*, la dottrina l'insieme dei commentatori. Il comparatista, pertanto, scruta l'oggetto del suo studio anche attraverso le linee di evoluzione della giurisprudenza, la prassi amministrativa, gli orientamenti della dottrina, nonché attraverso quegli altri elementi che ritenga utili per una comprensione che non si limiti alla superficie del fenomeno giuridico studiato, anche quando ciò richieda il ricorso a categorie e strumenti di analisi propri di altre scienze.

Il terreno del diritto costituzionale comparato presenta alcuni tratti peculiari. In primo luogo, le norme di rango costituzionale esprimono solitamente una scelta di fondo dell'ordinamento cui appartengono, e cioè i caratteri che ne determinano l'identità: forma di Stato, diritti, divisione dei poteri, forma di governo, decentramento o accentramento del potere politico, rappresentano questioni che trovano nella costituzione una risposta in termini giuridici a un'opzione politica basilare. Dunque, non una soluzione giuridica informata solo a criteri di efficienza ed efficacia, bensì che identifica una precisa assiologia di valori civili e politici nei quali il gruppo sociale, la comunità politica, riconoscono la matrice della propria identità e le ragioni della propria unità. Il diritto costituzionale, oltre a diritto dell'organizzazione costituzionale e diritto delle libertà, è anche diritto del fatto politico, destinato a incidere e a dar voce al disciplinato svolgimento dell'azione politica.

La comparazione nel diritto costituzionale implica lo studio del diritto vigente unitamente al diritto vivente; e la conoscenza profonda di quest'ultimo richiede al comparatista di addentrarsi su terreni non specificamente giuridici, anche con strumenti presi in prestito da altre scienze. Mentre con "circolazione tra formanti" si intende il modo con cui si relazionano dottrina, legislazione e giurisprudenza, e tutti essi con l'*habitat* pre-giuridico costituito dalla cultura in generale e quello giuridico rappresentato dalla cultura (e dalla mentalità) giuridica, "dissociazione tra formanti" allude a quel fenomeno per cui regola legale, principi e applicazione giurisprudenziale, opinioni dottrinali non convergono verso uno stesso esito³⁶.

Nel diritto costituzionale, lo stesso fenomeno dissociativo, meno avvertito in altre branche del diritto, a volte dà origine a varianti curiose. L'affermazione della "dignità", ad esempio, può condurre per legge (o per assenza di legge) a esiti distinti *temporalmente* (ieri il matrimonio omosessuale era un delitto, poi diventa un diritto); *spazialmente* (New York lo ammette, altri Stati no; e in Italia, in attesa della legge statale, qualche Regione e qualche Comune hanno tentato di riconoscere almeno le coppie di fatto); *settorialmente*. Nel diritto di famiglia l'esito può essere il riconoscimento o no del matrimonio omosessuale, in nome della dignità delle persone; in altri campi lo stesso principio può giustificare normative anti-intercettazioni, oppure il diritto di rettifica, o l'annullamento del licenziamento, ecc. Soprattutto, lo stesso principio vago può essere letto da distinti legislatori, giudici e studiosi come fondante di un diritto, o come giustificante la sua negazione: ad es. il diritto della donna a

Dall'altro essa è costituita dai "rami" (*furū al-fiqh*) della giurisprudenza. I *furū*, considerati dai dottori della legge (*ulamā*) derivati dalla prima partizione, comprendono alcune materie che, utilizzando le moderne categorie giuridiche occidentali, costituiscono il diritto privato, il diritto penale, il diritto processuale e parte del diritto pubblico».

³⁶ Rinviamo sin d'ora a U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, *passim*.

scegliere la maternità, o l'assoluto divieto di consentire l'aborto. Giurisprudenza e dottrina concorrono, insieme alla legge, a dare corpo alle vaghe parole delle costituzioni.

In secondo luogo, nel diritto costituzionale esiste più che altrove un formante vuoto, costituito da disposizioni (che ci sono formalmente) inattuate o inattuabili, per scelta (o incapacità di scelta) dei legislatori. Fuori dai casi di applicazione diretta dei diritti (*Dritt-wirkung*), molte disposizioni costituzionali che prevedono l'istituzione di organi, o l'attivazione di procedure o persino di diritti, sono corredate solo da sanzioni politiche, e, dove sia prevista, l'incostituzionalità per omissione non riesce a colmare i vuoti. Occorre dunque fare i conti con la pulsione continua tra disposizioni inattuate e velleità giurisprudenziali (o dottrinarie) nel senso dell'attuazione. Le disposizioni in parola, in qualche caso, è come se non ci fossero. Si pensi a una costituzione che preveda l'istituzione di un Tribunale costituzionale, la cui composizione è demandata alla legge, ma il legislatore non legifera. In altri casi può provvedere la giurisprudenza a riempire i vuoti (come a volte nel caso di alcuni diritti sociali).

In terzo luogo, spesso nel diritto costituzionale la costituzione tace del tutto, e neppure il legislatore si preoccupa di riempire con le sue regole il formante normativo. Emblematico è il caso dell'eutanasia, disciplinata solo in pochi paesi, mentre in molti altri sono (la dottrina e) i giudici a dettare non solo le regole del caso singolo, ma anche i principi. (Tanto che nel campo della bioetica spesso il diritto è a base giurisprudenziale anche negli ordinamenti di *civil law*.) Oppure la soggezione dei giudici al precedente: pure nei sistemi di *civil law* i giudici seguono quasi sempre i precedenti giudiziari, anche se nessuna regola lo impone. Ma come considerare questa "attitudine" dei giudici? Che tipo di formante è? Di sicuro, non è verbalizzato (e dovrebbe essere considerato un crittotipo). Però vive nella realtà giudiziaria, e influisce molto.

Esistono formanti i quali, diversamente da quelli menzionati, non vengono espressamente enunciati. "Crittotipi" sono quei modelli impliciti, presenti nei diversi sistemi giuridici, che agiscono in modo pervasivo e penetrante nella dimostrazione e nella determinazione di questioni giuridiche; anche se non esplicitamente enunciati, sono percepiti e trasmessi tra le generazioni di giuristi; assumono, per il giurista che li utilizza, il carattere di qualcosa di ovvio. «Normalmente, un giurista appartenente ad un sistema dato prova maggiore difficoltà a liberarsi dall'insieme dei crittotipi presenti nel suo sistema, che non ad abbandonare le regole di cui sia pienamente consapevole. Questa soggezione ai crittotipi costituisce la mentalità del giurista di un determinato paese. E la differenza di "mentalità" rappresenta il principale ostacolo alla comprensione fra giuristi di provenienza territoriale diversa; ad esso si può ovviare soltanto con l'esercizio della comparazione, a livello sistemologico e istituzionale»³⁷.

I crittotipi permeano il diritto in ogni sua dimensione, anche se certe letture del positivismo legislativo ne hanno mortificato lo studio, e li hanno costretti nella sfera del giuridicamente irrilevante. Sono importanti per la comprensione di un diritto interno, lo sono ancora di più per l'analisi comparativa degli ordinamenti e dei singoli istituti che li compongono.

L'espressione "diritto muto" designa, nella felice terminologia di Sacco, «quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare)»; regole «che l'uomo pratica senza esserne pienamente consapevole».

³⁷ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 128.

La conoscenza tacita rappresenta un campo di analisi interdisciplinare che non riguarda solo l'epistemologia, la psicologia, l'economia, ma, ovviamente, anche il diritto. Anche nel diritto ci sono "regole opache", modi di agire automatici, come l'andare in bicicletta o distinguere un vino da un altro³⁸.

5. Il diritto comparato e le cicatrici della storia (le frontiere): al di là di finisterrae

Come è stato scritto, per infrangere il mito dell'"univocità della regola", il diritto comparato «constitue une menace por toute la science juridique» e adempie a una «fonction subversive»³⁹.

Ci sono due risvolti importanti di questa funzione sovversiva: rinviando al prossimo § il tema dei rapporti tra diritto comparato e altre scienze, il primo riguarda la sua natura "transfrontaliera" anche oltre il diritto occidentale. Un tempo, la comparazione poteva restringersi principalmente al confronto tra *common law* e *civil law*, essendo il resto del mondo (di fatto, tutto colonizzato) indifferente alle esigenze pratiche dei commerci (e di riflesso della scienza, salva l'esigenza, pur essa pratica, di intendere i diritti indigeni per armonizzarli con quello dominante)⁴⁰.

Ciò evoca il tema delle analogie e delle differenze. Cosa si può comparare? Quello che è simile, o quello che è diverso? Il dato della comparabilità, intesa come condizione della comparazione, nasce dall'osservazione delle profonde diversità che possono cogliersi tra ordinamenti giuridici. Naturalmente le differenze rappresentano la ragione stessa della comparazione. Esistono però distanze tra ordinamenti giuridici che, se mal ponderate, potrebbero frustrare gli obiettivi scientifici della ricerca.

La dottrina comparatistica ha generalmente considerato alla stregua di una condizione di comparabilità il dato della omogeneità fra ordinamenti o fra istituti appartenenti a ordinamenti diversi. Questo però riguarda solo un livello di comparazione, ossia quella micro⁴¹. L'etimologia delle due parole già fa intuire la differenza tra i due tipi di attività. Ciò che caratterizza la macrocomparazione è l'esigenza di raggruppare ordinamenti/sistemi omologhi in classi contraddistinte proprio dalle differenze. La microcomparazione ha per oggetto singoli istituti, atti, procedimenti, funzioni, enti, diritti, poteri, doveri, ecc., che ope-

³⁸ Vedi R. CATERINA, *Il crittotipo, muto e inattuato*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., p. 85, e ora R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015.

³⁹ Vedasi H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss.; inoltre, G.P. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *Am. journ. comp. law*, n. 4, 1988.

⁴⁰ Sull'estensione della comparazione oltre i confini del costituzionalismo, con al centro le tradizioni giuridiche, H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford U.P., Oxford, 2014, trad. it. della 2ª ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, il Mulino, Bologna, 2011; M.A. GLENDON, M.W. GORDON, P.G. CAROZZA, *Comparative Legal Traditions*, 3ª ed., West Group, St. Paul, 2008. Cfr. anche M. GANINO, *Appunti e spunti per una ricerca di diritto costituzionale su Paesi "altri"*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (eds), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 817 ss. Per l'apertura della disciplina verso altre culture e tradizioni giuridiche v. anche la nota 46.

⁴¹ Vedasi V.C. JACKSON, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012, p. 54 ss. Su differenze e somiglianze v. anche R.B. SCHLESINGER, *Past and Future of Comparative Law*, in *Am. journ. comp. law*, n. 43, 1995, p. 477 ss.

rano o sono previsti in due o più ordinamenti giuridici diversi⁴². Presupposto per il confronto e il riscontro di analogie e di differenze è la consapevolezza che l'oggetto di studio può essere comparato. Occorre perciò, in primo luogo, quanto meno una conoscenza superficiale della materia, tale da sollecitare l'attenzione dello studioso, ma anche sufficiente per non indurlo nell'errore di comparare cose non comparabili.

In linea generale, «tutti i sistemi possono essere comparabili fra loro, a patto di comprenderne, prima che le analogie, le differenze di fondo»⁴³. Queste tesi presuppongono che qualsiasi microcomparazione affronti, prima, uno studio macro-comparativo sulla comparabilità. Il che di solito non succede, per l'impegno e l'immensità di conoscenze che richiede. Lo studio microcomparativo non esclude che l'indagine possa spingersi *oltre* la forma di Stato o la famiglia giuridica, anche se, di solito, in tal caso la sensibilità dello studioso deve essere maggiore. Comunque, muovendo da una conoscenza primordiale (che come detto consente di iniziare la ricerca con la consapevolezza di comparare cose comparabili), una volta identificati i ceppi comuni (linguistici, strutturali, funzionali), ricercherà non solo la conferma delle similitudini, ma soprattutto le divaricazioni che si registrano e le differenze negli sviluppi (legislativi, giurisprudenziali, ecc.), alla luce del contesto complessivo degli ordinamenti in cui opera l'istituto indagato.

Lo strumento che remunera scientificamente un'indagine comparativa è rappresentato dal c.d. *tertium comparationis*, o modello di riferimento nel giudizio comparativo. Poiché la comparazione implica un'operazione intellettuale che, secondo una data logica, sviluppa l'analisi di regole o istituti appartenenti a ordinamenti diversi, occorre determinare un modello di riferimento che funga da *tertium comparationis* nel raffronto tra *comparatum* e *comparandum*. Si tratta, in parole più semplici, della "idea" di ciò che unisce, rispetto alla ricerca di ciò che divide. Con un esempio: a) abbiamo idea che una Ferrari e una Ford Escort siano unite da caratteristiche comuni, che fanno di entrambe una automobile; b) ma ci sono differenze: di potenza, di carrozzeria, di accessori, di prezzo, ecc.⁴⁴. Come nel caso appena proposto, il *tertium comparationis* è implicito, frutto di nozioni comuni o di ricerche precedenti che ne hanno definito i contorni; il modello implicito è oggetto di verifica, e proprio il risultato di una ricerca concorre talora a cambiarne i connotati.

«Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser» – ci ricorda Bénédicte Fauvarque-Cosson⁴⁵. Scientificità significa verificabilità (anche interna, ovvero della correttezza delle operazioni logiche), e quindi rifiuto di immettere nella ricerca e nell'analisi dei dati elementi preconcepi non neutrali, assumendo a parametro di valutazione fattori religiosi, politici, o estrinsecamente etici.

Ogni atteggiamento aprioristico da una prospettiva assiologica induce infatti a mescolare giudizi di fatto e giudizi di valore, sollecita a pretermettere lo studio delle connotazioni di valore nell'uso dei termini utilizzati ("democrazia", "costituzione", "diritti", "libertà", "egualianza", "guerra santa", ecc.), e a non disvelarle; ostacola una sistematizzazione dei termini di ogni discorso giuridico. Insomma, tutto il contrario di ciò che esige l'analisi giuridica. L'a

⁴² V. L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

⁴³ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, cit., p. 38. Sulla tutela delle identità v. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 67.

⁴⁴ N. JANSEN, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, cit., p. 312 ss.

⁴⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'enseignement du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308.

priori giusnaturalistico, la scelta di campo ideologica, l'opzione investigativa non suffragata da categorie scientificamente elaborate concorre allo "scontro di civiltà", di cui ragiona Huntington, non attraverso l'analisi scientifica, ma attraverso la rinuncia consapevole o inconsapevole a percorrere le indagini con metodo. Con il risultato non solo di produrre ricerche costruite sulla sabbia, ma anche di dare fiato alle trombe di chi tali ricerche usa per avallare operazioni di esportazione di valori, quali sovrastrutture culturali per imporre nuovi ordini globali insensibili a ciascuna storia, a ciascuna cultura, a ciascuna società, a ciascuna civiltà.

L'espansione geopolitica del costituzionalismo – spesso a livello meramente epidermico – si tira dietro una parallela crescita delle indagini che lo riguardano. Ma alla rozzezza della conquista sovente si accomuna altrettanta superficialità nell'inquadramento dottrinale dei fenomeni: l'"imperialismo culturale", che appiattisce sugli stilemi occidentali le categorie di culture diverse, paga scotti elevati (anche nelle traduzioni e nelle classificazioni), per la scarsa attenzione verso le culture aliene⁴⁶.

La dottrina comparatistica cerca di dare nuove letture globali dei fenomeni, ricercando gli elementi unificatori. «Comparison becomes the law», direbbe P. Goodrich⁴⁷. Le nuove teorie partono però a volte dall'alto, come il neocostituzionalismo, e non dall'analisi empirica⁴⁸. Insomma, *prima* viene l'individuazione degli elementi irrinunciabili (dignità, persona, processualismo, diritti umani, ecc.), proposti in chiave prettamente occidentale, *poi* la loro applicazione ai casi. L'"irresistibile espansione del costituzionalismo", segnalata da quasi tutti gli studiosi, è tale anche perché la dottrina supporta l'idea della sua superiorità rispetto ad altre forme di organizzazione costituzionale (in senso sostanziale). C'è chi dice che il diritto costituzionale è solo quello occidentale. Il risultato a volte è quello di usare come parametro di confronto non modelli reali (*recte*, desunti dalla realtà), ma modelli ideali. La comparazione assolve quindi a una funzione estrinsecamente etica anziché a un ruolo scientifico, etico intrinsecamente.

Mentre dunque, in Occidente, spesso si leggono i diritti (in senso oggettivo) "diversi" con il metro domestico; e mentre dentro il diritto nostrano (occidentale), un uso malaccorto di scienze diverse per spiegare il diritto costituzionale rappresenta (spesso) solo un'abile scorciatoia per giustificare il discostarsi dalle regole (e dai segni linguistici che le enunciano), nello studio di altri sistemi la loro utilizzazione appare una modalità indispensabile per descrivere e interpretare la fenomenologia giuridica, che non si attrezza, come nella forma di Stato liberal-democratica, previamente delimitando quale sia la sfera del diritto e quella di altre scienze attraverso istituti quali il *rule of law*, il concetto di divisione dei poteri, il riconoscimento dei diritti individuali, ecc. Dentro e fuori le liberal-democrazie si impone pertanto la questione di come servirsi di tali scienze. La correttezza della loro uti-

⁴⁶ Sull'esistenza di una tradizione giuridica occidentale H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard U.P., Cambridge, 1983, trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 1998; J.M. KELLY, *A Short History of the Western Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1992. Sul costituzionalismo e la sua diffusione v. *infra*, cap. III, sez. I.

⁴⁷ P. GOODRICH, *Interstitium and non-law*, cit., p. 229.

⁴⁸ Quale esempio di ricerca "comparatistica" dall'alto, v. S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 84 ss. Sul neocostituzionalismo vedi *infra*, cap. III, sez. I, § 2.

lizzazione può infatti concorrere all'affermazione di una scienza del diritto costituzionale comparato i cui risultati siano verificabili, autonoma (e quindi sganciata dalle costruzioni teoriche interne ai singoli ordinamenti), e con caratteristiche proprie rispetto ad altre scienze giuridiche, e persino rispetto ad altri settori della comparazione giuridica. L'oggetto del diritto costituzionale comparato presenta invero sue specificità, che richiedono anche metodologicamente un accostamento peculiare a discipline diverse, e un'utilizzazione delle stesse propria solo della comparazione giuspubblicistica.

6. Oltre il diritto: scienze non giuridiche, scienze giuridiche e la conoscenza del diritto comparato

Il primo punto da affrontare per un comparatista è come usare in modo strumentale scienze diverse da quella giuridica. Nel diritto costituzionale comparato, è frequente che l'insoddisfazione per gli esiti di una ricerca meramente formale induca a usare dati (e metodi) di altre scienze, senza che siano onorate le pre-condizioni indispensabili per svolgere un'indagine giuridica. Gli studi comparatistici intersecano infatti la filosofia, la linguistica, la storia, la storia delle dottrine politiche, la scienza politica, la sociologia, l'antropologia, l'etnologia, l'economia, la geografia, la statistica, talora la matematica e in qualche caso, ma di solito solo in ragione dell'oggetto, talune scienze della natura (oltre che scienze giuridiche diverse da quella comparatistica). In tutti questi casi, per il comparatista si tratta di studiare materie non sue e che non sempre possiede, stando in guardia dal "dilettantismo tuttologico". Si tratta di quelle che G. Crespi Reghizzi chiama "aree incontrollabili"⁴⁹, che in particolare riguardano regole *effettivamente* applicate, il cui studio è stato riservato o attribuito a cultori di scienze diverse dal diritto. Prima, occorre però sempre chiedersi «ma cosa è diritto?». Infatti «le droit n'apporte sur le droit aucun éclairage»⁵⁰.

6.1. Linguistica, traduttologia, diritto. – In primo luogo, il diritto comparato è costretto a confrontarsi con la linguistica, poiché l'oggetto di ricerca sono codici legali differenti da quello usato abitualmente, dei quali il comparatista deve impossessarsi per poterli maneggiare nella loro struttura profonda⁵¹. Le tematiche generali del linguaggio ai comparatisti, costretti a maneggiare linguaggi diversi e a confrontarli, presentano ulteriori e mag-

⁴⁹ G. CRESPI REGHIZZI, *La comparazione giuridica estrema: L'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., p. 244.

⁵⁰ P. LEGENDRE, *L'Autre Bible de l'Occident: le monument romano-canonique*, Fayard, Paris, 2009, p. 488. Si chiede «Perché non esiste accordo sulla definizione del concetto di diritto?» G. ROBLES MORCHÓN, *Teoría del derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, trad. it. *Teoría del diritto. Fondamenti di Teoría comunicazionale del diritto*, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1. Non danno risposte convincenti alla domanda – anche perché muovono in contesti limitati al diritto occidentale – le teorie istituzionaliste di M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, Bloud & Gay, Paris, 1933 (rist. 1986), Paris, 1933, trad. it. (con altri scritti) in Id., *Teoría dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano, 1967, o di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Spoerri, Pisa, 1918.

⁵¹ V. in generale W.V.O. QUINE, *Word and Object*, Mit Press, Cambridge, 1960; N. CHOMSKY, *New Horizons in the Study of Language and Mind*, 4ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2002.

giori stimoli⁵². L'accostamento alla linguistica concorre a marcare un'importante linea di confine tra comparatisti e studiosi dei diritti interni. Una differenza che non è solo quantitativa, imputabile alla maggiore difficoltà nel gestire i materiali, ma anche qualitativa, giacché presuppone anche la percezione delle diverse implicazioni che in ciascuna comunità rivestono i segni linguistici (e il linguaggio in generale).

Ai problemi comuni al diritto comparato generale e alla linguistica giuridica, si associano quelli specifici nella sfera del diritto costituzionale⁵³. Il tema principale resta quello delle traduzioni, nelle sue varie declinazioni: di traducibilità dei termini, dell'oggetto di traduzione, di traduzione nascente dal diritto e di traduzione nascente dalla lingua, di definizione, di c.d. nozioni superastratte, di nomi e di categorie, di dati extralinguistici, di omologazione⁵⁴.

Prima, nella sfera del pubblico, le difficoltà traduttive erano comunque in parte mitigate dalla base comune del costituzionalismo, e dalla continuità ideale tra cultura e strutture linguistiche. Il principale problema era rappresentato dalle dinamiche "verticali" del linguaggio, ossia la sua trasformazione nel tempo, in ciascun ordinamento o anche in ordinamenti di ceppo costituzionale simile. Oggi, non solo l'Occidente, sopra le strutture basilari comuni, continua a sperimentare soluzioni organizzative nuove e variegate, alla rincorsa di modelli

⁵² Sul linguaggio giuridico P. GOODRICH, *The role of Linguistics in Legal Analysis*, in *Modern L.R.*, n. 47, 1984, p. 523 ss. Dello stesso A. v. anche *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, MacMillan, London, 1987; D. KURZON, "Legal Language": *Varieties, Genres, Registers, Discourse*, in *Int. Journ. of appl. linguistics* n. 7, 1997, p. 119 ss.; V. GROSSWALD CURRAN, *Comparative Law and Language*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 675 ss.; H.E.S. MATILA, *Comparative Legal Linguistics: Language of Law, Latin and Modern Lingua Francas*, Rowe, Chippenham-Ashgate, 2006, 2ª ed., Routledge, London-New York, 2013; M. NICOLINI, *From Hard-Copy to Digital Law via "Illustrated Courtrooms": Visualising the History of English Legal Language*, in *Pólemos. Journ. of law, literat. and culture*, n. 11, 2017. Su "Historical Linguistics: Searching Genetic Relations" v. il § così intitolato di N. JANSEN, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, cit., p. 320 ss.; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. PINTORE, Giuffrè, Milano, 1985; J. VISCONTI (ed.), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Lel, Milano, 2010; H.J. BERMAN, *Law and Language: Effective Symbols of Community* (ed. J. WITTE, JR.), Cambridge U.P., Cambridge, 2012.

⁵³ Tra i costituzionalisti, D. VALADÉS, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, Unam, México, 2005.

⁵⁴ Sulla traduttologia, in generale e in campo giuridico, v. nella immensa letteratura almeno E. NIDA, *Toward a Science of Translating*, Brill, Leiden, 1964; J. CUNNISON CATFORD, *A Linguistic Theory of Translation: An Essay in Applied Linguistics*, Oxford U.P., Oxford, 1965; G. TOURY, *Descriptive Translations Studies – and Beyond*, rev. ed., Benjamins, Amsterdam, 2012, oltre a molti altri sostenitori della "skopos theory"; U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano, 2004. Per le traduzioni giuridiche, il n. 4, vol. 28, de *Le Cahiers de Droit*, 1987, dedicato a "La traduction juridique"; M. MORRIS (ed.), *Translation and the Law*, Benjamins, Amsterdam-Philadelphia, 1995; R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, in *Dig. priv., Agg.*, Utet, Torino, 2000, p. 722 ss.; ID., *La traduzione giuridica*, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (eds), *Il linguaggio del diritto*, Led, Milano, 1994, p. 475 ss.; F. MEGALE, *Teorie della traduzione giuridica fra diritto comparato e "translation studies"*, Ed. Scientifica, Napoli, 2008; C.-G. GÉMAR (ed.), *Langage du droit et traduction: essais de jurilinguistique – The Language of the Law and Translation: Essays on Jurilinguistics*, Linguitech, Montréal, 1982; J. GAAKEER, *Iudex Translator: The Reign of Finitude*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, cit., p. 252 ss.; J.B. WHITE, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Un. of Chicago Press, Chicago, 1990.

Sulla traduttologia e le traduzioni in ambito europeo: R.L. CREECH, *Law and Language in the European Union, The Paradox of a Babel 'United in Diversity'*, Europa Law, Groningen, 2005; B. POZZO, V. JACOMETTI (eds), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Kluwer, The Netherlands, 2006; B. POZZO, M. TIMOTEO (eds), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008; E. IORATTI FERRARI, *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Cedam, Padova, 2013; per l'Italia, B. POZZO, F. BAMBÌ (eds), *L'italiano giuridico che cambia. Atti del convegno, Firenze, 1° ottobre 2010*, Accademia della Crusca, Firenze, 2012.

istituzionali in grado di reggere la corsa dell'economia e la globalizzazione economica (e ciò obbliga il comparatista a trovare nuove formule traduttive); ma, in più, si confronta con realtà giuridico-istituzionali contrapposte, che esigono di essere studiate (e tradotte) in linguaggi scarsamente propensi ad assorbirle (causa il *gap* culturale e il conseguente loro rifiuto).

Infine, presentano problemi specifici i sistemi che formalmente adottano la liberal-democrazia occidentale, continuando però ad alimentarsi di crittotipi che sopravvivono.

Alcuni termini possono essere usati dal giuscomparatista, dopo che essi hanno conosciuto una circolazione nel linguaggio comune, attraverso l'intermediazione dei linguaggi specialistici, ma l'operazione per lo più è scarsamente scientifica, quando sottenda connotazioni di valore che un ricercatore di formazione analitica è chiamato a disvelare. Va ricordato infine, in relazione all'intreccio tra i formanti, che un profilo di notevole impatto linguistico è rappresentato dal ruolo dei trattati (o della normazione comune) nel processo *bottom-up* e *top-down* di costruzione e di applicazione del linguaggio condiviso che essi comportano. Particolare rilievo assume in proposito il linguaggio del diritto europeo. Nel caso, non si tratta di trasporre il senso delle parole di altra lingua nella propria, ma, dapprima, di individuare parole ed enunciati che significhino, nelle varie lingue implicate, cose identiche (il che non sempre è possibile, mutando i contesti linguistici ed extralinguistici applicativi); poi, nella fase discendente, di dare a essi significati omologhi.

Due esempi sulle difficoltà traduttive: il primo è la parola slava "*narod*", che può significare sia "popolo" sia (a volte) "nazione". Parte delle traduzioni degli articoli delle varie costituzioni dedicati a individuare la sede della sovranità declamano che essa "appartiene al (o emana dal) popolo", altre che "appartiene alla (o emana dalla) nazione". Tutti sanno quanto diverse siano tali due concezioni proprie del costituzionalismo occidentale, e di volta in volta occorrerebbe analizzare quali siano state, nella costituzione che si va a tradurre, le influenze e le conseguenti scelte politiche. Per non dire che, in altri linguaggi e culture (si pensi a una parte del diritto pubblico africano), entrambi i concetti sono privi o quasi di radici culturali, ancorché siano accolti, in un senso o nell'altro, nelle costituzioni dei vari Stati.

Nel parlare di "diritti", e nonostante la circolazione dei modelli, solo o soprattutto il costituzionalista europeo continentale tenderà ad ancorarsi alle teorie maturate dall'Illuminismo, come pure alla divisione dei poteri e a quanto ne segue, diversamente da quello britannico o statunitense, per non dire di ordinamenti più lontani. Quale che sia l'appartenenza, lo studioso di diritto interno (anche se crede di essere un comparatista) darà del termine analizzato una spiegazione e un inquadramento più o meno sensibile – ma comunque sensibile – agli stilemi del diritto di appartenenza. Ineluttabilmente, l'oggetto del suo studio sarà condizionato da come si è sviluppata nel suo ordinamento quella "cosa" che egli è convinto si chiami "diritti", e che battezza con questo appellativo. Due terzi dell'umanità si basano su concezioni sociali che non partono dai diritti individuali, ma dalla comunità, o dal dovere interiore, o comunque da visioni trascendenti l'individuo⁵⁵.

⁵⁵ V. L. PEGORARO, *Direito constitucional comparado y uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)*, in *Rev. bras. est. const. – RBEC*, n. 12, 2009, p. 93 ss., trad. sp. *Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra "derechos" (y de los adjetivos que la acompañan)*, in *An. iberoamer. der. const.*, n. 14, 2010, p. 347 ss. e in L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, 2 voll., Fontamara, México, 2012, I, p. 39 ss., trad. it. *Diritto costituzionale comparato e uso connotativo di "diritti" (e degli aggettivi che li accompagnano)*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, I, p. 421 ss. (V. anche *infra*, cap. VI, sez. I,

6.2. Storia del diritto, il diritto come storia e storia delle dottrine politiche. – Tra le discipline storiche che hanno a oggetto il diritto (o giuridiche che si avvalgono del metodo storico), la più rilevante per gli studi comparatistici è la storia del diritto. A essa va accostata, per certi profili, la storia delle dottrine politiche⁵⁶.

La storia alimenta trasversalmente gli studi comparatistici e il suo uso è da essa imprescindibile, in particolare la storia del diritto. «La storia del diritto è la principale disciplina da cui dobbiamo attenderci la vera, intelligente conoscenza del fenomeno giuridico», che «ci ha messo in condizione di penetrare nell'anima dei sistemi normativi di tanti popoli, cogliendoli nella viva realtà del loro sviluppo storico». La sensibilità per la storia del diritto presuppone «la voglia di ricostruire gli episodi giuridici», sia «nella direzione delle radici di ispirazione ideale che stanno alla loro base», sia «anche nella direzione dei rapporti con i fatti politici, sociali, economici che hanno, da vicino o da lontano, esercitato condizionamenti»⁵⁷.

Alcuni autori usano distinguere la comparazione sincronica (quando si mettono a confronto ordinamenti vicini nel tempo o coevi, anche se lontani nello spazio) da quella diacronica (con la quale si sviluppa un'indagine comparativa tra diritti lontani nel tempo, ma nell'ambito del medesimo ordinamento), e si evidenzia «il comune carattere di comparazione [che] lega strettamente la ricerca comparatistica a quella storica»⁵⁸. Questa distinzione può ricondursi a quella tra il diritto comparato e la storia del diritto: oggetto di entrambe le discipline sono infatti i fenomeni giuridici; tuttavia lo storico si ripromette di svolgere narrazioni e descrizioni di fatti o eventi singoli nel contesto dinamico dei flussi complessivi (pur non disdegnando generalizzazioni e classificazioni), ma non si serve di questa conoscenza per operare confronti, nel che consiste l'obiettivo della comparazione giuridica. Semmai, il comparatista si propone come finalità strumentale la conoscenza dell'evoluzione di un ordinamento o istituto.

Lo studio storico è peraltro fondamentale per l'analisi finalizzata alla comparazione, poiché solo affondando le ricerche nella storia è possibile cogliere le radici di istituti e discipline, svelare i crittotipi, capire analogie e differenze. La storia giuridica, insomma, assolve a una funzione ancillare rispetto al fine principale della comparazione. In particolare, nel settore del diritto costituzionale (soprattutto se aperto a modi non liberal-democratici di

§ 1.) P.G. MONATERI, *Voice, Incarnation and the United States Supreme Court*, in *Pólemos. Journ. of law, literat. and culture*, n. 9, 2015, p. 341 ss., esamina le disposizioni sulla sovranità come "voce" del popolo.

⁵⁶ Nonché, come specializzazione della storia del diritto, della storia costituzionale. Cfr. per es.: J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Tres Ensayos sobre Historia Constitucional*, Un. Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, p. 57 ss.; o, per la storia costituzionale tedesca, H.W. KOCH, *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Longman, London 1984; R. WEBER-FAS, *Deutschlands Verfassung: vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart*, Bouvier, Bonn, 1997; per quella spagnola, attraverso la lettura delle costituzioni, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1992.

⁵⁷ G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, cit., p. 27. Similmente, G. GORLA, *Diritto comparato*, cit., p. 930. V. poi i 17 scritti di F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, spec. pp. 91 ss., 173 ss. Monumentali esempi di storia giuridica sono le notissime opere di F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England (1908)*, Cambridge U.P., Cambridge, 1920, e di F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, 2ª ed., 2 voll., Cambridge U.P., Cambridge, 1898. Inoltre, per la proposta di un metodo che usa l'esegesi concettuale accanto all'osservazione etnografica, il classico H. SUMNER MAINE, *Ancient Law: Its Connection with Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Murray, London, 1861.

⁵⁸ M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 447 s.

produrre il diritto; ma anche dentro la liberal-democrazia) solo lo studio storico può illuminare le genesi e l'evoluzione degli istituti, consentendo di evitare fraintendimenti.

Non diversamente dalla storia del diritto, la storia delle dottrine politiche, sia essa intesa come «l'analisi del pensiero politico di una determinata serie di pensatori cronologicamente concatenati l'uno all'altro», oppure studiata «nel rapporto in cui esse [le dottrine politiche] si trovano con un determinato periodo storico ed una particolare situazione economica, politica, morale, sociale e via discorrendo», più ancora che per il diritto costituzionale funge da base e supporto per gli studi comparatistici⁵⁹. Essa permette non solo di gettare luce sul contesto da cui sono generate e in cui operano le istituzioni di ciascun singolo ordinamento, ma di cogliere l'evoluzione complessiva del pensiero, giustificando le differenti evoluzioni, nonché le analogie e le differenze.

6.3. Filosofia del diritto, sociologia e antropologia giuridica. – La filosofia generale ha generato dal suo seno, a partire dall'inizio dell'800, una specializzazione dedicata alla filosofia del diritto: la si voglia considerare scienza filosofica o scienza giuridica, essa, non diversamente dalla teoria generale del diritto⁶⁰, col diritto comparato intrattiene intense relazioni. Da una prospettiva pratica, gli studi comparatistici vengono orientati precisamente dalle visioni filosofiche che permeano ciascun ricercatore. Non ci riferiamo solo alla dicotomica contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo, ma anche al ruolo attribuito alle metodologie, alla percezione del diritto come idea, come fatto, o come linguaggio, all'accostamento strutturalista o funzionalista all'indagine comparatistica, oppure a volte idealista, e ai vari corollari che ne derivano⁶¹.

Due discipline che utilizzano una metodologia induttiva ed empirica – sociologia del diritto e antropologia giuridica – rivestono un particolare rilievo per i comparatisti costituzionalisti che ambiscono a non arrestare le loro ricerche alle frontiere del mondo omogeneizzato plasmato nella forma di Stato liberal-democratica. A entrambe la scienza comparatistica deve riferirsi sopra tutto quando si proceda a classificazioni o a macrocomparazioni estese a regioni giuridiche disomogenee. La sociologia poi – meno l'antropologia – presenta notevoli connessioni con la comparazione anche a livello interno allo schema abituale di riferimento, ovvero il diritto c.d. evoluto.

⁵⁹ E. OPOCHER, *Lezioni di storia delle dottrine politiche. Parte generale*, Cedam, Padova, 1963.

⁶⁰ Sui rapporti della teoria generale col diritto comparato v. O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 275 ss.

⁶¹ Sulla filosofia del diritto G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1820-21), rist. Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1970, trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, Laterza, Roma-Bari, 1991; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983; M. TROPER, *La philosophie du droit*, Puf, Paris, 2003, trad. it. *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2003; in chiave storica G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2012, e più sinteticamente M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2004. Distinte visioni della filosofia del diritto offrono J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence. Philosophy of Positive Law*, Holt & Co., New York, 1875; A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, trad. sp. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, trad. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, trad. sp. *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963; S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1978; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 1963; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008; oltre che, naturalmente, Kelsen, Scarpelli e altri autori nelle varie opere citate *passim*.

Essa ha influenzato in modo particolarmente penetrante gli studi giuridici, addirittura orientandone importanti correnti e per ciò attirandosi gli strali dei custodi del metodo giuridico: rivolti, beninteso, non già alla scienza in sé, quanto all'utilizzazione di metodologie e obiettivi estranei all'analisi giuridica. La sociologia giuridica, disciplina che ha per oggetto lo studio dei rapporti reciproci tra diritto e società⁶², utile per gli studi di diritto interno, e indispensabile alimento della politica del diritto, in campo comparatistico permette di verificare l'aderenza degli schemi giuridici a dati empiricamente verificabili. Funge pertanto per i comparatisti da elemento di riflessione per non ancorare le indagini giuridiche a preconcetti avulsi dalla realtà, e al contempo quale fattore di verifica delle conoscenze. Induce a riflettere sull'applicabilità di interpretazioni del diritto accettate in determinati contesti, ma inapplicabili ad altri. Sollecita insomma un accostamento critico a ogni costruzione universale del diritto, enfatizzando il pluralismo espresso dalla e dalle società⁶³.

A sua volta l'antropologia giuridica rappresenta la chiave di lettura essenziale per comprendere i fenomeni di società basate su concezioni non occidentali del diritto. O.W. Holmes osservava alla fine del XIX secolo che quando ci si occupa di diritto la strada conduce ineluttabilmente all'antropologia, e che il diritto si risolve in un grande documento antropologico⁶⁴.

L'antropologia per sua stessa natura non è scienza eurocentrica⁶⁵: sposta le frontiere della comparazione, rifiutando di costringerla nei confini dello Stato liberal-democratico o della visione occidentale del diritto. Utile ai civilisti come ai costituzionalisti, l'antropologia serve anche per indagare sul pluralismo interno a ciascun ordinamento, alimentato dalla presenza di gruppi minoritari non integrati ed eclatantemente accentuato dai flussi migratori degli ultimi decenni.

6.4. Scienza politica e diritto comparato tra *sein* e *sollen*. – La scienza politica non ha quale oggetto di studio le norme, ma semmai i fenomeni che le ispirano o i risultati che esse determinano. Scienza del *sein* (essere), e non del *sollen* (dover essere), la scienza politica utilizza prevalentemente il metodo empirico; non pone al centro della sua speculazione le prescrizioni normative e il linguaggio in cui sono formulate, e si interessa solo in parte del rapporto tra esse e la loro concreta realizzazione, a vantaggio di questo secondo elemento. Esistono però aree di sovrapposizione, che a volte danno vita a inquietanti ibridazioni, anche quando è evidente l'intento di scrivere opere di diritto comparato⁶⁶. Ciò in

⁶² R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 2ª ed., Einaudi, Torino, 1977.

⁶³ Sulla sociologia giuridica E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1913, trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976; sui rapporti con la comparazione, J. CARBONNIER, *L'apport du droit comparé à la sociologie juridique*, in AA.VV., *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, I, *Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français*, Lgdj, Paris, 1969, p. 78 ss.

⁶⁴ O.W. HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in *Harvard L.R.*, n. 12, 1899, p. 443. Sull'antropologia giuridica R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2007. Per un esempio di analisi antropologica del diritto, v. L. FAVALI, R. PATEMAN, *Blood, Land, and Sex: Legal and Political Pluralism in Eritrea*, Indiana U.P., Bloomington, 2003, trad. it. *Sangue, terra e sesso: Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁶⁵ V. ad es. L. MAIR, *An Introduction to Social Anthropology*, Oxford U.P., 1965, trad. it. *Introduzione all'antropologia sociale*, Feltrinelli, Milano, 1970, p. 5 ss.

⁶⁶ V. ad es., per gli Stati Uniti, tra i precursori, J.W. BURGESS, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Ginn & Co., Boston-London, 1891, trad. sp. *Ciencia política y Derecho constitucional comparado*,

particolare si verifica negli studi di diritto costituzionale comparato che hanno a oggetto le forme di governo. Quando le si studiano, analizzano e classificano, usare *insieme* le classi prescrittive del diritto costituzionale e i modelli politologici ricavati dal funzionamento dei sistemi politici può creare confusione. Il rischio è bidirezionale, anche se più raramente i politologi si fanno attrarre dalle sirene della codificazione e della giurisprudenza allorché analizzano, empiricamente e induttivamente, la realtà sociale. In molti ordinamenti didattici, peraltro, l'insegnamento è congiunto, come pure molti manuali hanno titoli misti.

Sul versante dei costituzionalisti, chi accentua il verbo della costituzione, corre il concreto pericolo di descrivere qualcosa che sta solo sulla carta, perché nella realtà alcune disposizioni restano disapplicate, alcuni fenomeni assumono un rilievo spropositato rispetto all'intenzione dei costituenti e alla lettera del testo, la giurisprudenza riplasma il significato di parole ed enunciati, le convenzioni mutano i rapporti tra poteri e organi, si instaurano regole non scritte ma cogenti che non si limitano a interpretare la costituzione bensì la integrano e la cambiano. Chi invece considera i problemi del linguaggio «eleganze superflue e forse nocive», e pertanto fa leva solo o prevalentemente sulla descrizione fotografica della realtà, disinteressandosi (o quasi) del dato testuale, e del fatto che anche le parole delle costituzioni e delle leggi, per quanto vaghe e adattabili, e contornate da frange grigie, esprimono aree di significato consacrato dagli usi, contribuisce a mortificare il ruolo stesso del diritto, riducendo la scienza comparatistica, e così quella costituzionalistica, a criterio ordinatore delle esperienze, e la costituzione (formale) a pezzo di carta suscettibile di ogni deroga o violazione; sollecita persino il declino dell'eticità del diritto, non in quanto portatore di questo o quel valore, di questa o quella ideologia o visione del mondo, ma proprio in quanto diritto, chiamato a regolare il comportamento degli uomini e non a essere regolato dall'arbitrio di chi vi è assoggettato (U. Scarpelli). In ogni caso, per quanto qui interessa, svaluta la scienza giuridica, riconducendola a discipline diverse, come la storia, la sociologia o, infine, la scienza politica.

Questa considerazione necessita peraltro di una contestualizzazione nel caso di forme di produzione giuridica eccentriche allo schema liberal-democratico, ancorate a diversi criteri di legittimazione. Nello studiare l'organizzazione (giuridica) del potere in ordinamenti distinti da quelli di abituale riferimento, occorre prestare attenzione particolare all'intreccio tra i segni delle costituzioni e delle leggi, e quei comportamenti «che abbiano valore di segni, o siano accompagnati da segni espressioni l'assunzione della regolarità a regola direttiva della condotta»⁶⁷, i quali esprimono regole differenti da quelle codificate. Si pensi alle prassi che caratterizzano ad es. il diritto pubblico cinese nelle relazioni tra enti e organi, ma anche in generale al diritto socialista, che non può essere studiato se non in base alla sua effettività e non certo limitando le analisi al dato testuale. Viceversa, dove si afferma l'impero della costituzione e

La España moderna, Madrid, 1893, rist. Hein, Buffalo, 2000; per la Francia, M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^a ed., Puf, Paris, 1970 (e già P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Les Cours de droit, Paris, 1957); per il Regno Unito, M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 1992, e C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 2^a ed., Butterworths, London, 1977. Un sintomo dell'ibridazione è la Prefazione di J. BARTHÉLÉMY alla 6^a ed. (del 1914) del celebre volume di A. ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, ora ristampata (con *avant-propos* di D. CHAGNOLLAUD), Ed. Panthéon Assas, Paris, 2001: «il a pris sans retard sa place définitive parmi les quelques livres que tous ceux qui s'intéressent à la science politique doivent toujours avoir à portée de main».

⁶⁷ Per le citazioni cfr. U. SCARPELLI, *Metodo giuridico*, cit., *passim*.

delle regole derivate, la scienza politica va maneggiata con cautela e solo sussidiariamente, per denunciare lo scarto, ove esista, tra *law in the books* e realtà effettiva dell'ordinamento. Anche per ciò – ripetiamo – il rapporto con la scienza politica caratterizza (quasi) solo gli studi comparatistici di natura pubblicistica, e assai meno (o nulla) quelli dei privatisti.

6.5. Scienze sociali al servizio della comparazione: economia, statistica, geografia, psicologia. – Tra le scienze sociali che intersecano talora il diritto costituzionale comparato, si annoverano anche l'economia, la statistica, la psicologia, alle quali va aggiunta la geografia.

Quali che siano i convincimenti di ciascuno sui rapporti tra economia e diritto, gli studi economici si rivelano di interesse per i comparatisti costituzionalisti, nell'alveo di indagini macro, non meno di quanto lo siano gli studi storici, antropologici, sociologici (al fine di inquadrare in cornici più ampie le classificazioni degli ordinamenti, gli elementi determinanti, le transizioni), ma anche, in taluni casi, per ricerche più circoscritte, quando a oggetto vi siano normative e *policies* condizionate direttamente da fattori economici. Oggi addirittura, sulla scorta dell'esperienza di alcuni paesi emergenti, si propongono classificazioni giuridiche ancorate a valori economici, quali quella che individua nelle strette parentele economiche tra Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica (c.d. Brics) una classe meritevole di considerazione autonoma⁶⁸. A prescindere dall'utilizzazione dei dati economici nelle ricerche giuridiche, e fuori dal caso di specifici studi dedicati al diritto dell'economia, l'analisi economica del diritto si configura a sua volta quale disciplina autonoma nelle università americane, e anche in Europa sono sempre più numerosi i suoi cultori. Essa tuttavia si propone obiettivi e si vale di criteri diversi da quelli impiegati dai giuristi (basandosi sulla verificabilità e sulla resa dei risultati, il che non pertiene agli enunciati deontici, e solo in parte alla scienza giuridica generale), e i suoi cultori non dovrebbero essere annoverati dunque tra i giuristi⁶⁹.

Nel diritto costituzionale comparato, l'impiego della statistica non è frequente, eppure tutt'altro che limitato, in relazione ad alcuni settori di indagine. Nella ricostruzione di schemi e modelli, la parte descrittiva di molte ricerche deve infatti fare i conti con dati verificabili attraverso metodi statistici. A patto di conoscerne le basi, l'uso della statistica è utile soprattutto nello studio del diritto elettorale (comparato), ma anche del procedimento legislativo o degli istituti di democrazia diretta. Si presta altresì alle indagini relative al discorso giuridico dei legislatori e delle Corti, alle ricerche di diritto amministrativo comparato in materia di servizi, di funzioni, di strutture, e a molti altri settori⁷⁰.

Il tema dei rapporti tra geografia e diritto – spesso ignorati in dottrina, o che quanto

⁶⁸ Sui Brics, v. da una prospettiva economica C.N. McNALLY, *How Emerging Forms of Capitalism Are Changing the Global Economic Order*, in *Asia Pacific Issues*, n. 107, 2013, p. 1 ss., e in ottica giuridica L. SCAFFARDI (ed.), *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2012; ID., *The Brics Group in the Spotlight: An Interdisciplinary Approach*, Esi, Napoli, 2015.

⁶⁹ V. sul tema R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little & Brown, Boston-Toronto, 1972; W.Z. HIRSCH, *Law and Economics: An Introductory Analysis*, Academic Press, New York et al., 1979; D.D. FRIEDMAN, *Laws' Order: What Economy Has to Do with Law and why It Matters*, Princeton U.P., Princeton, 2000, trad. it. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, il Mulino, Bologna, 2004. In prospettiva comparata, G. DE GEEST, R. VAN DEN BERGH (eds), *Comparative Law and Economics*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2004.

⁷⁰ Sull'analisi quantitativa del diritto v. l'*Ann. dir. comp. st. leg.* 2012, intitolato "Misurare il diritto".

meno restano in ombra – sollecita interessanti spunti in relazione alla circolazione di modelli e formanti. Già Montesquieu aveva enfatizzato i rapporti tra geografia, clima e produzione normativa, ed è di tutta evidenza che la conformazione del territorio influisce tanto sul diritto internazionale quanto su quello interno: ad es., orografia e idrografia lasciano segni importanti sia sull'evoluzione del linguaggio che sui costumi. Connessa alla delimitazione geografica, ne esiste una culturale, che si collega alle tecniche di comparazione. Le relazioni tra geografia e comparazione giuridica costituzionalistica presentano tratti del tutto peculiari, che solo in parte si sovrappongono a quelli caratterizzanti le materie interdisciplinari e che neppure coincidono del tutto con quelle dei privatisti⁷¹. Sono da segnalare anche le connessioni tra geografia e antropologia (nonché i loro riflessi anche sulla ripartizione territoriale – a livello regionale e locale – e sulle variazioni territoriali).

Il riferimento alla psicologia nella comparazione giuridica non è frequente: peraltro, anche il diritto comparato può valersi dell'apporto di questa scienza, in relazione ad alcune tematiche e filoni di indagine. La psicologia può rivelarsi utile (con molte cautele) per spiegare in chiave microcomparativa, ad esempio, taluni processi validativi o giustificativi delle decisioni politiche o di quelle giudiziarie, nell'ambito degli studi sui discorsi delle Corti e dei legislatori e in generale dell'argomentazione⁷². Studi che peraltro restano al lato dell'indagine giuridica vera e propria, ancorché illuminino le ragioni (o almeno alcune ragioni) delle scelte operate, e di volta in volta delle conferme o dei cambi di rotta, sia a livello individuale che di collegio. Ben più rilevante appare l'apporto della psicologia in rapporto a fenomeni quali la propaganda politica, o, in campi di confine col diritto costituzionale, come il consumo o la devianza. Se le conoscenze della psicologia si rivelano essenziali nella disciplina normativa di questi settori, come pure nella soluzione dei casi concreti, altrettanto lo sono a livello di ricostruzione scientifica e di elaborazione teorica.

7. Classificazioni, elementi pertinenti, elementi determinanti

Perché classificare?

«Rispetto all'infinita varietà dell'esperienza, che si svolge per processi ed enti individuali ed irripetibili, la capacità umana di astrarre, creando concetti e classi logiche in cui possono affiancarsi processi ed enti considerati della medesima natura, costituisce insieme una grossa possibilità ed un grande pericolo. È per questa via, e soltanto per questa via, che gli esseri umani mettono ordine nel loro mondo, accertando o stabilendo fra processi ed enti portanti lo stesso nome e identificati dallo stesso concetto relazioni empiriche o, come sono le relazioni di egua-

⁷¹ Sulla geopolitica, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁷² V. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 5ª ed., Puf, Paris, 1958, trad. sp. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989, trad. ingl. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation* (a cura di J. WILKINSON, P. WEAVER), Un. of Notre Dame Press, Notre Dame, 1969; CH. PERELMAN, P. FORIERS (eds), *La motivation des décisions de justice: études*, Bruylant, Bruxelles, 1978. Tra gli studi di linguisti che si occupano del discorso politico o giuridico, v. D.R. MILLER, N. VASTA (eds), *Il discorso persuasivo*, Cedam, Padova, 1996; ID., *La costruzione linguistica della comunicazione politica*, Cedam, Padova, 1997; M.M. MECHEL, N. VASTA, C. CHIARUTTINI LEGGERI (eds), *Rappresentazioni dell'identità: la dimensione linguistica del conflitto*, Cedam, Padova, 1998.

gianza, normative e valutative. Pensare, parlare per concetti e norme generali è catturare l'esperienza mediante una rete, in cui ogni maglia imprigiona quanto è fatta per imprigionare, mentre fluisce via tutto il resto. Possiamo modificare la rete, far maglie più piccole o più grandi, ma non possiamo passare con la ragione (...) sotto la rete. Sotto la rete passano solo l'intuizione sensibile e l'amore. Amare consiste essenzialmente nell'incontrare l'individualità dell'amato nella sua irripetibilità: l'uomo che ama una donna, o viceversa, non ha più di fronte una donna, o viceversa, ma qualcosa di unico eccedente ogni categorizzazione concettuale»⁷³.

L'utilità delle classificazioni risiede nel loro potenziale analitico: esse accrescono la comprensione di fenomeni complessi, semplificando i dati del mondo reale mediante schemi concettuali che danno vita a modelli generali e astratti. Le classificazioni effettivamente significative sono quelle che consentono di proporre ipotesi, in relazione alle classi introdotte, più interessanti e generali di quelle riferite a ciascun oggetto preso separatamente, offrendo il massimo delle informazioni con il minimo sforzo cognitivo possibile⁷⁴.

Gli stessi oggetti osservati possono essere classificati con griglie di diverso spessore. Machiavelli per esempio affermava che le organizzazioni politiche erano o principati o repubbliche; Aristotele individuava tre forme pure e tre corrotte. Oggi, nella dottrina costituzionalistica, si ravvisa la tendenza a dividere il mondo in due classi: le democrazie (i buoni) e tutti gli altri (i cattivi). È evidente che il semplicismo classificatorio non aiuta a comprendere la realtà. È come dividere i colori in due categorie: i chiari e gli scuri. D'altro canto, non servono neppure le classificazioni troppo dettagliate. Nessuna goccia è uguale a un'altra, né alcuna foglia. Se si insiste troppo sulle differenze, non si fa nessuna classificazione, si descrivono monadi in sequenza, e si perde dunque l'opportunità di razionalizzare l'esperienza. L'iride è un buon esempio di classificazione (tratta dalla verifica empirica): riconduce l'infinita varietà di colori a sette: né troppi, né troppo pochi, anche se ciascun colore sfuma in un altro.

Secondo la logica tradizionale, «una buona classificazione presenta due proprietà sul piano logico. Le categorie individuate devono anzitutto essere reciprocamente esclusive, deve essere cioè possibile procedere alla classificazione dell'insieme degli oggetti, in modo che nessun elemento rientri simultaneamente in più categorie (...). Le categorie devono essere inoltre congiuntamente esaustive, nel senso di non lasciare alcun oggetto da classificare al di fuori di esse (...).» Mentre queste due prime proprietà sono oggettive, una terza – la pertinenza – è soggettiva, e dipende dalle finalità della ricerca comparativa⁷⁵. Per classificare occorre servirsi di elementi pertinenti soggettivi, ma importanti, di aggregazione. Non avrebbe senso classificare gli ordinamenti giuridici in base al colore prevalente della pelle degli abitanti, o i sistemi di giustizia costituzionale in base all'altezza media dei giudici.

Il concetto non è lo stesso di quelli che L.J. Constantinesco denomina “elementi determinanti”⁷⁶. Secondo questo studioso, un ordinamento è dato dalla somma delle norme, dei

⁷³ U. SCARPELLI, *Classi logiche e discriminazioni fra i sessi*, in *Lavoro e dir.*, n. 4, 1988, p. 615 ss.

⁷⁴ Sulle classificazioni E. ROSCH, B.B. LLOYD (eds), *Cognition and Categorization*, Lawrence Erlbaum Associates, Hillsdale, 1978; A. MARRADI, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enc. sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, p. 22 ss.; su quelle giuridiche CH. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, in *Arch. phil. dr.*, n. 11, 1966; M. TROPER, *Les classifications en droit constitutionnel*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, n. 4, 1989, p. 925 ss., trad. it. *Le classificazioni nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998, p. 233 ss.

⁷⁵ G. TUSSEAU, voce *Classificazioni*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 29 s.

⁷⁶ La teoria degli elementi determinanti è di J.-L. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*,

principi, dei concetti giuridici e degli istituti che regolano i rapporti di un gruppo sociale. Le componenti dell'ordinamento sono come le cellule di un organismo; sono le "particelle giuridiche elementari" che normalmente i giuristi considerano alla stregua di unità di eguale valore. Per conoscere un ordinamento giuridico non è sufficiente sommare la conoscenza, ancorché minuziosa, delle singole particelle che lo compongono; occorre comprendere il ruolo e la posizione che alcune di tali particelle hanno all'interno dell'ordinamento. Infatti, le particelle giuridiche elementari sono articolate in un ordine che non è egualitario e orizzontale, ma gerarchico e verticale. Tale ordine ha la sua matrice nel sistema di valori che è alla base dell'ordinamento giuridico e che si riflette maggiormente in quelle che, in ragione di ciò, compongono la struttura fondamentale dell'ordinamento, la sua struttura genetica, quella parte cioè che ne enuncia i tratti di identità (l'"ideologia" e la dottrina, la concezione e il ruolo del diritto, la costituzione economica, il sistema delle fonti del diritto, l'idea dominante relativa alle funzioni dello Stato, ecc.)⁷⁷. Intorno ad essi vi sono poi tutte le altre componenti dell'ordinamento, una moltitudine di particelle che egli chiama "elementi fungibili".

Tali elementi determinanti debbono integrarsi tra loro, e l'assenza di uno solo fa cadere la classificazione, attraverso la quale si può percepire la vera natura degli ordinamenti giuridici. Questa teoria, se applicata al diritto costituzionale, ci può condurre a dire, ad es., che siccome in Cina liberismo economico e liberalismo politico sono ora dissociati, la Cina non appartiene più alla classe degli ordinamenti socialisti, e va inserita in una nuova classe a sé.

La ricerca di uno o più elementi (pertinenti o "determinanti") per fare classificazioni rigide non sempre dà i risultati sperati. La *fuzzy sets theory*, prospettata dal matematico Lofti Asker Zadeh nel 1965 e nota anche come "teoria degli insiemi sfocati", si basa su classi dai contorni vaghi e sull'idea che gli oggetti appartengano alle classi solo in una certa misura, sfumando il risultato dicotomico perseguito dalle teorie classiche: usando queste ultime, nel tentativo di inseguire la precisione, può perdersi di vista il significato. «Gli insiemi *fuzzy* concepiscono la collocazione incerta, estendendo il paradigma dell'appartenenza mediante la nozione del "grado di appartenenza", laddove l'insiemistica tradizionale invece stabilisce una soglia esatta rispetto alla quale un oggetto può appartenere o meno a una classe»⁷⁸.

Un primo metodo, tradizionale, che si può usare per classificare è un "ritaglio concettuale", quando si presume che un oggetto si possa muovere lungo una scala di generalità articolata in modo sempre più ristretto, rispettando i criteri di esaustività ed esclusività. Un esempio è rappresentato, nella zoologia, dal genere alla specie, o dalla riclassificazione dei colori ascritti alla classe "verde" in "verde pisello", "verde oliva", verde "smeraldo", ecc. L'insieme degli attributi che definiscono le qualità necessarie per appartenere a una classe è denominato "intensione", e la classificazione in tali casi è definita "intensionale"⁷⁹. Il suo vantaggio consiste nella semplicità e nella chiarezza delle classi create, alle quali pos-

I, *Rechtsvergleichung*, cit., e Id., *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. it. *Il metodo comparativo* (a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO), Giappichelli, Torino, 2000.

⁷⁷ *Infra*, cap. II, sez. I, § 1.

⁷⁸ S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012, che fa riferimento a A. SANGALLI, *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23. Sulla *fuzzy sets theory* v. anche E. ROSCH, *Principles of Categorization*, in B. AARTS ET AL. (eds), *Fuzzy Grammar: A Reader*, Oxford U.P., Oxford, 2004, p. 91 ss.

⁷⁹ A. MARRADI, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enc. sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, p. 22 ss.

sono essere facilmente e inequivocabilmente assegnati nuovi elementi⁸⁰.

Un secondo metodo, più innovativo, consiste nel raggruppare induttivamente oggetti appartenenti a un insieme in sottoinsiemi omogenei rispetto ad alcune loro proprietà. L'obiettivo è quello di massimizzare la loro somiglianza, al contempo enfatizzandone la diversità rispetto ad altre classi. Le classificazioni così prodotte si denominano "estensionali". I vantaggi delle classificazioni estensionali sono che le classi sono più fedeli alla realtà empiricamente osservabile, contengono un elevato numero di informazioni e presentano minori rischi di esclusioni arbitrarie, in quanto i confini tra le rispettive classi non sono rigidi⁸¹.

8. Modelli e dinamica dei modelli

Il prodotto della classificazione quale sintesi della complessità attraverso categorie logiche è la modellistica. Un modello può essere inteso come *Rechtstypus* (tipo giuridico), cioè individuato attraverso la comparazione e dunque recante in sé i caratteri comuni a più ordinamenti; oppure come *Rechtsideal* (tipo ideale o ideale giuridico), quel modello cioè che risponde a degli archetipi ideali, a "ciò che deve essere"⁸².

A partire dagli anni '60, nel linguaggio dei giuristi e, soprattutto, dei filosofi del diritto, si è venuto diffondendo il ricorso al termine "modello", utilizzato in riferimento a diversi oggetti e a diverse sfere della ricerca giuridica (modelli del diritto, modelli dell'ordinamento, modelli della norma, ecc.). Peraltro, il termine "modello", anche in relazione all'uso che se ne può fare nel linguaggio comune, evoca di per sé l'idea di una classificazione, di una sintesi della complessità attraverso categorie logiche; esso, in altre parole, rivela di per sé uno stretto legame con i problemi connessi ai procedimenti della ricerca e non di meno con quelli propri della ricerca giuridica comparata. L'uso del termine "modello" è da intendersi nel senso di rappresentazione sintetica di fenomeni della realtà politico-costituzionale, combinata con l'idea di "forma esemplare" e, pertanto, da imitare (anche se esistono modelli "negativi", come la Germania del terzo *Reich*).

Lo studio dei modelli assume particolare rilievo in relazione alla loro dinamica⁸³. C'è

⁸⁰ T. BRENNAN, *Classification: An Overview of Selected Methodological Issues*, in *Crime and Justice*, n. 9, 1987, p. 215.

⁸¹ R. NEEDHAM, *Polythetic Classification: Convergence and Consequences*, in *Man*, n. 3, 1975, p. 356. Vedi anche C. PIGNATO, voce *Classificazioni politetiche*, in U. FABIETTI, F. REMOTTI (eds), *Dizionario di antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 172.

⁸² Sui modelli: E. DI ROBLANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 1968; D. HELD, *Models of Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge, 1987; A. LIJPHART, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2ª ed., Yale U.P., New Haven-London, 2012.

⁸³ Sulla dinamica dei modelli: E. AGOSTINI, *La circolazione des modèles juridiques*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 1990, p. 461 ss.; E. ÖRÜCÜ, *Law as Transposition*, in *Int. comp. law quart.*, n. 51, 2002, p. 51 ss.; il "Symposium: Constitutional Borrowing", in *Int. journ. const. law*, n. 1, 2003, p. 177 ss.; S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., New York, 2006; R. TONIATTI, *La circolazione del diritto costituzionale: note sul metodo comparato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2, 2012, p. 115 ss.; M. CARDUCCI, *I "flussi giuridici" tra complessità transdisciplinare e geopolitica*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014, p. 1 ss.; ID., *Euristica dei "flussi giuridici" e comparazione costituzionale*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 337 ss.; L. PEGORARO, *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*, in E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss.

chi afferma che «the transplanting of legal rules is socially easy»⁸⁴. Altri viceversa nega totalmente (confutando presupposti positivistici) la possibilità di trapianti, a causa soprattutto del ruolo dissuasivo della cultura, che – diversamente dalle norme – non può essere trapiantata: in contesti diversi qualsiasi legge sarà sempre una legge diversa⁸⁵.

Frequente a proposito dei trapianti è la metafora del giardino, che D.E. Cooper riassume così: «a feature which, in one garden, is relevant to a certain appreciation may, in another garden, either be irrelevant, or relevant to a very different appreciation»⁸⁶. Particolarmente attenti a tali implicazioni dovrebbero essere i costituzionalisti, chiamati a valutare le qualità del terreno dove si operano i trapianti (in termini di cultura giuridica e anche di cultura). Nel diritto costituzionale comparato, l'esistenza di modelli che si configurano quali forme esemplari postula di per sé la circolazione dei modelli stessi: le c.d. costituzioni modello sono considerate tali proprio perché largamente imitate.

La circolazione-imitazione di modelli giuridici può essere conseguenza dell'immigrazione di un popolo in un altro territorio (trapianto), di una conquista (imposizione), di una azione volontaria (recezione). Nel diritto costituzionale, la forma del trapianto è oggi ampiamente regressiva. Spesso però si parla genericamente di trapianti per indicare qualsiasi modalità di circolazione; come ricorda Chen Lei, spesso si usano termini quali (in inglese): “*transposition*”, “*borrowing*”, “*migration*”, e persino “*legal tourism*”, nonché “*cross fertilization*”⁸⁷.

Nel suo significato più ristretto, un trapianto presuppone prima un “espianto”. A livello macro, quasi mai, ai nostri giorni, si verificano migrazioni di popoli in altri territori, tali da cancellare tutto il diritto preesistente; tanto meno una migrazione ha come conseguenza la sovrapposizione di una intera organizzazione costituzionale a un'altra (anche se sono diffusi fenomeni di cancellazione di culture giuridiche autoctone a seguito di colonizzazioni economiche e culturali in vaste aree del pianeta, se non a livello statale). Il trapianto può registrarsi però a livello micro, in relazione a singoli istituti o valori o principi, come nel caso di una particolare visione dell'eguaglianza uomo-donna dentro una comunità di migranti, che si tirano dietro il loro diritto, riconosciuto o ammesso quale “statuto personale” della comunità stessa, nei limiti di quanto ciò può essere tollerato dal diritto costituzionale del paese di arrivo. È – questo del conflitto tra valori costituzionali, e tra diritti individuali e diritti comunitari – uno dei temi più delicati del moderno costituzionalismo.

Il caso che l'imitazione per imposizione richiama quasi naturalmente alla memoria è la diffusione dei modelli giuridici europei nelle colonie. Si pensi anche al modello che, *ratione imperii*, inizia a circolare nel secondo dopoguerra tra i paesi europei comunisti: è il c.d. modello normativo sovietico, consolidato in trent'anni di esperienza⁸⁸.

⁸⁴ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2^a ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984, p. 95 della ed. del 1974; v. anche ID., *The Making of the Civil Law*, Harvard U.P., Cambridge, 1981.

⁸⁵ P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht journ. eur. and comp. law*, n. 4, 1997, p. 111 ss., e in *Ankara L.R.*, n. 2, 2007, p. 177 ss. Di P. LEGRAND, v. inoltre *Le droit comparé*, Puf, Paris, 1999 (3^a ed. mise à jour, 2009).

⁸⁶ D.E. COOPER, *A Philosophy of Gardens*, Clarendon, Oxford, 2006, p. 57.

⁸⁷ C. LIN, *Contextualizing Legal Transplant: China and Hong Kong*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, cit., p. 192.

⁸⁸ Sulla circolazione in Europa orientale v. la bibliografia citata *infra*, cap. II, sez. II, § 8.1.